

THÈSE DE
PARIS.
1889
N^o. 28.

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES PACTES ADJOINTS ET DES CONTRATS INNOMÉS

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÈGLE

DONNER ET RETENIR NE VAUT

Son Origine, ses Développements, ses principales Applications d'après le Code civil

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 14 Février 1889, à 1 heure

PAR

Émile CONSTANT

JUGE DE PAIX A BERROUAGHIA (ALGÉRIE)

Président : M. **BUFNOIR**, Professeur

Suffragants :	{	MM. HENRI MICHEL	} Professeurs.
		LAINÉ	
		LÉON MICHEL Agrégé.	

*Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement*

TONNERRE

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE P. BAILLY

1889

A MON PÈRE,

A MA MÈRE.

UNIVERSITE DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES PACTES ADJOINTS ET DES CONTRATS INNOMÉS

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÈGLE

DONNER ET RETENIR NE VAUT

Son Origine, ses Développements, ses principales Applications d'après le Code civil

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 14 Février 1889, à 1 heure

PAR

Émile CONSTANT

JUGE DE PAIX A BERROUAGHIA (ALGÉRIE)



Président : M. **BUFNOIR**, Professeur

Suffragants : { MM. HENRI MICHEL } Professeurs.
 LAINÉ }
 LÉON MICHEL Agrégé.

*Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement*

TONNERRE

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE P. BAILLY

1889

La FACULTÉ n'entend donner aucune approbation ni improbation à l'opinion émise dans les Thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

THÈSE DE DROIT ROMAIN

DES

PACTES ADJOINTS

ET DES

CONTRATS INNOMÉS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547908_0024

CHAPITRE PREMIER

Des Pactes considérés en eux-mêmes. — De leur valeur juridique

Il était dans le génie du droit romain, essentiellement formaliste, de ne pas reconnaître au seul consentement la vertu d'engendrer des obligations. Dans notre droit actuel, l'accord des volontés, dès qu'il est certain, est, en général et indépendamment de toutes formes extrinsèques, l'unique principe créateur des obligations, si d'ailleurs il intervient entre personnes capables, porte sur un objet susceptible de faire la matière d'un contrat et est déterminé par une cause juridiquement suffisante. Il en était autrement à Rome. Sans doute, la naissance d'une obligation eût été impossible, même en droit romain, à défaut de l'un de ces éléments; mais ce qui fait le caractère distinctif de ce droit, c'est que le seul consentement des parties était le plus souvent impuissant à vivifier l'obligation dans laquelle se rencontraient pourtant les éléments que nous venons d'énumérer. « *Nuda pactio obligationem non parit.* » « *Ex pacto actio non nascitur.* (L. 7, § 4 et 5, Dig. de Pactis, II, 14). Tel est, pendant longtemps, le principe. La simple convention, le pacte nu, comme disent les Romains, ne liait pas les volontés. Les parties pouvaient être d'accord pour créer, modifier, éteindre une obligation par un pacte; rien n'était fait : « *Ex pacto*

actio neque nascitur, neque tollitur. (L. 6 de Pactis, Dig. II, 14). Leur but est manqué. Le consentement, pour être efficace, doit être revêtu d'une forme solennelle ou accompagné d'un acte matériel, en dehors desquels la volonté des parties ne paraît pas suffisamment certaine. Et ce sont ces formes solennelles, pures créations du droit civil, *certa* ou *solemnia verba, verborum proprietas* ou *solemnitas, verborum conceptio*, pour le contrat *Verbis*; *proprietas scripturæ* pour le contrat *Litteris*, c'est un acte matériel, la *tradition* pour les contrats *réels*, qui vont constituer la cause véritable des obligations qu'engendrent ces contrats. Cela nous explique pourquoi, à l'origine et pendant si longtemps, le droit romain ne reconnut comme obligatoires qu'un nombre restreint de contrats déterminés. Ces contrats portaient un nom spécial tiré de la solennité même qui les constituait (*Contrats Verbis et Litteris*), ou de l'acte matériel qui leur donnait naissance (*Contrats réels*). Quant aux contrats *consensuels*, ils n'étaient qu'une exception au principe, exception aussi ancienne que le principe lui-même. Ce ne furent que des pactes mis hors de pair, des conventions du droit des gens, qu'à cause de leur fréquence et de leur utilité quotidiennes dans les relations économiques des hommes, le législateur romain a pris dans la foule des conventions nues et pour lesquels il a jugé suffisant le simple consentement.

C'est, avons-nous dit, parce que le simple consentement ne paraît pas à Rome être la marque suffisante d'une volonté certaine et réfléchie, que le droit romain exigea, pour reconnaître aux conventions la force obligatoire, que l'accord des volontés fût revêtu de certaines solennités ou accompagné d'un fait matériel, et fit résider cette puissance d'obliger en dehors du consentement. Là-dessus, une théorie s'est édifiée, d'après laquelle il n'y aurait pas en droit romain de

contrats sans *Causa civilis*; c'est-à-dire sans l'existence, à côté du consentement, d'un élément civil, générateur d'obligations, spécial pour chaque espèce de contrats nommés et consacré par la loi civile. C'est ainsi, qu'en ce qui concerne les contrats *Verbis et Litteris*, la *Causa civilis* consisterait dans les paroles ou les écritures consacrées. Jusqu'ici nous sommes d'accord avec les auteurs de cette opinion, car cet élément vital du contrat est vraiment une création originale et arbitraire du droit romain, et c'est en ce sens qu'Ulpien dénomme *Conventiones legitimæ*, ces deux sortes de contrats (L. 5 et L. 7, pr. et § 1, Dig. de Pactis, II, 14). Mais les auteurs de cette opinion, dans leur besoin d'unification systématique, prétendent trouver aussi cette *Causa civilis*, et dans les contrats réels, et dans les contrats consensuels. Pour les premiers, la *Causa civilis* consisterait dans la *Res*, c'est-à-dire la tradition translatrice de propriété quant au *Mutuum*, et dans la *Nuda traditio* pour les trois autres contrats réels. Mais cette tradition nue ou translatrice n'est certainement pas une pure création du génie romain; elle résulte de la nature même des contrats où elle intervient; elle est de tous les droits, et voilà pourquoi Ulpien (L. 5 et loi 7, pr. et § 1, Dig. II, 14) range ces conventions parmi celles du *jus gentium*; et si grâce à elle, le droit romain a consacré comme contrats les conventions qui en sont accompagnées, c'est que le consentement des parties a paru tirer de cette circonstance un caractère de certitude suffisant. Cela se comprend facilement, si l'on réfléchit que l'on ne peut être tenu comme emprunteur, commodataire, dépositaire ou gagiste, qu'autant que l'on a reçu quelque chose, c'est-à-dire qu'autant qu'a eu lieu la tradition. La tradition, jointe ainsi au consentement, en devient le signe tangible et donne la mesure de l'obligation qui en résulte. Mais il n'y a dans les traditions qui accompagnent les

contrats réels, rien d'original ni de spécial au Droit romain et par conséquent pas de *Causa civilis*, au sens propre du mot, pour ces contrats.

Quant aux contrats consensuels, les uns, parmi les auteurs de la théorie de la *Causa civilis*, la font consister dans le simple consentement; d'autres dans le caractère synallagmatique du contrat, d'autres enfin dans l'ensemble des conditions qui constituent leur individualité, et par exemple, pour une vente, dans la détermination de la *Merx et du Pretium*. Nous ne pouvons admettre aucune de ces opinions. Les caractères auxquels leurs auteurs essaient de rattacher la *Causa civilis* sont, pour conserver notre exemple, inhérents à la vente même et se retrouvent dans toutes les législations : on ne saurait nulle part, en effet, concevoir une vente sans consentement, sans obligations réciproques, ni sans *Merx* ni *Pretium*. Le législateur, qui donne accès à de tels contrats, ne fait que consacrer des conventions du droit des gens avec leurs attributs nécessaires, et il est bien impossible d'y découvrir une création spéciale du droit romain, qui constitue la *Causa civilis*. Les partisans de ce système nous semblent avoir été égarés par un désir exagéré de symétrie. Si le droit romain a reconnu et classé parmi les contrats les quatre conventions synallagmatiques que l'on sait, la vente, le louage, la société et le mandat, c'est que, parmi la foule des conventions nues, chacune de ces opérations, outre qu'elle a une fonction spéciale et bien déterminée, et qu'elle ne s'applique qu'à un cas bien précis, ce qui permet au consentement de se dégager avec certitude, jouait dans la société romaine un rôle important, par la satisfaction qu'elle donnait à des besoins multiples et incessants de la pratique.

Ce qui achève de condamner cette théorie, c'est que l'expression de *Causa civilis* n'est pas romaine, dans

ce sens qu'elle serait, dans tout contrat nommé, l'élément générateur de l'obligation qui s'y réfère.

Le seul texte où on la rencontre est la loi 49, § 2, Dig. de Pecul. XV, 1, et elle n'y désigne qu'une cause d'obligation civile comme dans un autre texte (L. 3, § 7. Quod quisque. Jur. Dig. II, 2), l'expression : *Causa naturalis* signifie une cause d'obligation naturelle.

L'esprit du droit romain était donc d'être très exigeant dans le degré de certitude qu'il réclamait du consentement, pour lui reconnaître la force obligatoire ; c'est pour cela que tant de conventions restaient lettre morte. Toutefois, et dès une haute antiquité, la règle : « *Ex pacto actio neque nascitur neque tollitur* » apparaît restreinte par quelques exceptions. Ce sont d'abord les quatre contrats consensuels que la législation romaine reconnaît obligatoires *ipso jure*. Puis, les pactes adjoints in *continenti* à un contrat de bonne foi furent réputés faire partie intégrante du contrat (L. 7, § 5, Dig. de Pactis). En troisième lieu, les pactes adjoints à une dation pour en restreindre les effets naturels ou qui même tendent à créer, à l'encontre de l'*accipiens*, une obligation de restituer en certains cas, la chose qu'il a reçue en propriété par l'effet de la dation, et par exemple le pacte de restituer en cas de non mariage, inhérent à une constitution de dot, sont protégés par une action destinée à contraindre l'*accipiens* à l'accomplissement de son engagement. En quatrième lieu, la loi des XII Tables reconnaît au simple pacte la puissance d'éteindre *ipso jure* les actions *Furti* et *Injuriarum* (L. 7, § 14. L. 17, § 2, Dig. de Pactis). — Enfin les contrats consensuels purent, tant qu'ils n'avaient reçu aucun commencement d'exécution, être dissous *ipso jure* par un pacte contraire.

Telles furent pendant longtemps les seules exceptions. Mais un temps vint où cette règle ancienne de

l'inefficacité des pactes contraria trop les idées et les besoins nouveaux. Le Préteur déclara qu'il ferait respecter tout pacte conclu sans dol et non contraire aux lois. (L. 7, § 7, Dig. de Pactis.). — Plus tard il créa les pactes prétoriens de *Serment*, de *Constitut* et d'*Hypothèque*. Les pactes adjoints *in continenti* à un contrat de droit strict furent admis à participer à la force et à la sanction du contrat, en tant du moins qu'ils diminuaient les obligations nées de ce contrat; puis le même résultat fut acquis à ces pactes, même au cas où ils augmentaient les obligations du contrat qui les contenait. Au commencement du second siècle de l'ère chrétienne la théorie des contrats innomés se fit jour. Ce fût, dans cette évolution, le progrès vraiment capital. Enfin le droit impérial sanctionna les pactes de *constitution de dot* et de *dotation*.

Nous allons, dans une étude sommaire, esquisser l'évolution du droit romain sur les pactes.

Après avoir examiné le pacte en lui-même et dans sa force obligatoire, avec l'exception *pacti conventi*, nous rechercherons l'effet des pactes adjoints d'abord *in continenti* à un contrat, puis des pactes adjoints *ex Intervallo*; en troisième lieu des pactes adjoints à une *dation*; quatrième des pactes adjoints à un *fait*. Enfin nous terminerons par le dernier perfectionnement du droit sur cette matière, savoir la théorie des contrats innomés.

Nous laisserons en dehors de notre cadre les pactes prétoriens et légitimes qui, par cela même qu'ils ont été munis d'actions spéciales par le droit honoraire ou impérial, ne modifient pas le principe ancien que le pacte ne saurait être par lui-même obligatoire.

Nous allons étudier ici le pacte considéré en soi et rechercher quelle est sa puissance obligatoire en tant que tel. Nous rechercherons dans une autre section, celle des pactes adjoints, si cette adjonction à un *Nego-*

tium Juris n'a pas pour résultat de modifier les effets naturels du pacte isolé, tels que nous les aurons précisés, par une sorte de réflexion de la force obligatoire du contrat véritable dont il dépend.

Le pacte isolé, c'est-à-dire celui qui ne se rattache à aucun contrat antérieur ou contemporain, comme celui qui tend à créer une obligation, et celui qui n'est qu'une dépendance lointaine et non prévue d'un contrat antérieur d'ailleurs complet en soi, comme celui qui tend à détruire ou modifier une obligation préexistante, était, selon le droit strict et primitif, impuissant à créer aucun lien de droit. Ainsi le voulait la théorie formaliste et exclusive des Romains sur l'insuffisance du consentement. Tel fut ce principe dès l'origine de l'histoire romaine, tel il demeura jusqu'à la fin. Toutefois, si respectueux que fussent les Romains des antiques principes de leurs lois primitives, ils durent, cédant aux nécessités de la pratique et à l'intérêt d'équité qui finit toujours par s'imposer, faire une place à la bonne foi ; ils ne détrônèrent pas pour cela le principe : ils le limitèrent simplement. Ce fut l'œuvre du Préteur et des Jurisconsultes.

La première innovation émane du Préteur. Dès avant le temps de Cicéron, il déclara qu'il ferait respecter, par le secours de son *Imperium*, tout pacte non entaché de dol et qui n'aurait rien de contraire aux lois. Ce fut dans la création de l'exception *pacti conventi*, que le Préteur trouva le remède à cette inefficacité des Pactes et ce fut l'exception de dol qui inspira le Préteur. Rien n'était en effet plus contraire à la bonne foi et ne confinait plus au dol que, par exemple, le fait, par un créancier, de poursuivre l'exécution d'une obligation, au mépris d'un pacte de remise par lui consenti à son débiteur. Ce n'était pas seulement le dol contemporain du contrat que réprimait l'exception de dol, c'était aussi celui qui résultait d'un dol postérieur.

L'exception *pacti conventi* va, suivant le cas, compéter au créancier ou au débiteur. Si le pacte a pour objet d'éteindre une obligation préexistante dont l'exécution est légalement garantie, le créancier pourra bien intenter l'action qui le sanctionne, puisque le pacte n'opère qu'*exceptionis ope*, mais le débiteur lui opposera l'exception *pacti conventi* et paralysera ainsi sa demande ; de sorte qu'en définitive, il fera reconnaître sa libération et débouter le demandeur : l'accord des volontés sortira son plein effet. Si le débiteur avait payé par erreur la dette malgré l'exception derrière laquelle il pouvait se retrancher, il aurait payé l'indû et la *condictio indebiti* lui compéterait pour se récupérer de la valeur de la chose payée. Si l'exception a été omise dans la formule de l'action de droit strict délivrée au créancier, si d'ailleurs cette omission tenait à ce que le débiteur ignorait l'existence de cette exception, il pourra, avant la sentence du juge, obtenir du magistrat une *in integrum restitutio* et, grâce à elle, faire insérer cette exception dans la formule de l'action remaniée par le Préteur. Que s'il a, ne connaissant pas toujours l'exception qui le protégeait, fait une promesse *novandi causâ*, soit à son créancier, soit à un délégataire, il sera encore admis à répéter l'indû.

Enfin, à supposer que le créancier de ce débiteur devienne le débiteur de celui-ci, il ne pourrait pas opposer, en compensation de sa dette, celle du débiteur qui est protégée par l'exception *pacti conventi*. Ce sont là des conséquences de ce que l'exception dont il s'agit est péremptoire et de ce que le pacte a eu pour effet d'éteindre, par voie d'exception sans doute, mais d'éteindre complètement, l'obligation primitive du débiteur, sans lui substituer même une simple obligation naturelle. Cette proposition est incontestable ; car, ou bien la remise de dette a eu lieu à titre gratuit ou elle a eu lieu à titre onéreux et, dans les deux cas, la volonté

commune des parties a bien été de faire disparaître tout lien de droit, si faible qu'il fût, à la charge du débiteur. Si une obligation naturelle devait naître du pacte de remise, ce serait à la charge du créancier, celle de ne pas intenter son action civile; le débiteur dont la dette a été remise par le pacte, n'aurait pas sans doute d'action pour contraindre son créancier à l'inaction et cette action lui serait d'ailleurs complètement inutile, tant que son créancier ne le poursuivrait pas. Du moment qu'il n'a besoin d'un secours, pour opposer au créancier le respect de cette obligation de ne pas agir contre lui qu'autant que celui-ci sort de son état d'abstention, il trouve une protection suffisante dans l'exception née du pacte.

Le pacte peut avoir pour objet de créer une obligation. Dans ce cas, aucune action n'en naît au profit du créancier, et le pacte reste nécessairement sans effet, à moins que le créancier ne trouve l'occasion de l'opposer par voie d'exception.

C'est ainsi que, si vous avez exécuté l'obligation mise à votre charge par une convention dépourvue de formes, je pourrai, à votre action en répétition, opposer l'exception *pacti conventi* et je conserverai ainsi le bénéfice de votre promesse exécutée.

On le voit, ce n'est, dans tous les cas, que par le secours d'une exception que le Prêteur sanctionne le pacte, quel que soit son but : faire naître une obligation ou la détruire. Cette exception, s'il s'agit de la suppression de l'obligation, protègera efficacement et toujours le débiteur; s'il s'agit au contraire d'une obligation à créer, le pacte sera beaucoup moins généralement efficace : il ne le deviendra que grâce à des circonstances particulières.

Bien que le pacte *de non petendo* soit en général plus efficace que le pacte qui tend à créer une obligation, il ne faut pas croire cependant que, dans tous les

cas, il produise sûrement son effet. C'est ainsi, par exemple, que sous l'empire de la loi Cincia, dans le cas d'un pacte de remise fait à titre gratuit, l'exception *pacti conventi* opposée par le donataire pourra être repoussée au moyen de la réplique legis Cinciae. Il en serait de même dans le cas où un second pacte viendrait s'opposer à un pacte de remise ; l'exception née du premier au profit du débiteur serait détruite par une réplique née du second ; et l'action du contrat n'étant plus paralysée par une exception, recouvrerait toute son énergie. Enfin, un pacte de remise ne saurait donner naissance à un contrat innomé et, par exemple, une remise de dette, consentie en vue d'obtenir une prestation du débiteur, n'est pas définitive et ne peut procurer au créancier l'action *præscriptis verbis* à l'effet de se faire communiquer le bénéfice de cette prestation. Il faudrait, pour que le contrat innomé prît naissance, que la remise eût été exécutée par une acceptilation. A défaut de cette extinction *ipso jure* de la dette, le contrat innomé ne pourra se former que par la promesse solennelle de la prestation, ou encore par l'exécution de la part du débiteur, qui aura alors l'action *præscriptis verbis* pour se faire procurer, par l'acceptilation, l'extinction *ipso jure* de sa dette. Décider autrement serait violer la règle : « *Ex pacto actio non nascitur.* » La transaction nous offre un exemple de cette insuffisance du pacte de remise. Supposons en effet que le droit douteux, que je consens à éteindre pour acquérir un droit nouveau et ferme, n'ait été l'objet que d'un simple pacte de remise et que, d'autre part, le nouveau droit ait été simplement convenu : Il n'y a pas là contrat innomé, puisque rien encore n'est exécuté, et l'on se trouve en présence d'une simple convention synallagmatique, dénuée des formes vivifiantes. L'acceptilation que ferait le demandeur du droit ancien ou l'exécution par l'autre partie de la prestation qui se

réfère au droit à substituer à l'ancien, pourraient seules donner la vie au contrat.

Cette innovation du Préteur, créant l'exception *pacti conventi*, tout en respectant scrupuleusement l'ancien principe du droit civil, que le seul accord des volontés ne pouvait ni créer ni détruire des obligations, marquait toutefois un progrès important. Puisqu'en effet le pacte tendant à obliger pouvait, à l'occasion, fournir une exception, c'est que le Préteur reconnaissait au simple consentement une puissance que le droit lui avait jusqu'alors refusée, celle de créer un certain lien juridique entre les parties de qui il émanait. Cette obligation était sans doute imparfaite, puisqu'aucune action ne la sanctionnait *ipso jure*, mais enfin elle existait, et nous croyons que l'innovation prétorienne a eu pour résultat de donner à l'engagement de celui qui s'obligeait par simple pacte la force d'une obligation naturelle. Ce changement n'est, il est vrai, formulé nulle part nettement et d'une manière générale. Mais il nous semble ressortir de la création même de l'exception *pacti conventi*. Dès là, en effet, que la partie, au profit de laquelle le pacte tendait à engendrer une obligation, est admise, si elle est déjà nantie du bénéfice de l'obligation exécutée, à opposer dans tous les cas, et sans distinguer si l'autre partie a exécuté volontairement ou par erreur l'exception *pacti conventi*, à la répétition de cette autre partie, c'est que celle-ci était obligée naturellement. L'on sait en effet que si les Romains n'avaient pas sur les obligations naturelles une théorie générale qui permît de les reconnaître à coup sûr, il était au moins admis que toute obligation naturelle était une cause suffisante de paiement, même quand elle avait été exécutée par erreur, et s'opposait à la *condictio indebiti*. C'était là un caractère nécessaire des obligations naturelles. Nous croyons aussi qu'il était suffisant. D'une part, en effet, une obligation

n'a pas besoin, pour être naturelle, de sortir tous les pleins effets qu'est susceptible de produire l'obligation naturelle la plus parfaite : l'esclave, par exemple, était certainement tenu naturellement par ses contrats et cependant, tant qu'il ne changeait pas de condition, il ne pouvait nover ni les obligations nées des contrats passés par lui, ni en faire l'objet d'un pacte de constitut engendrant action. On discutait même sur le point de savoir si, après son affranchissement (L. 18, L. 19, pr. et § 1. Dig. Neg. gest. III, 5), il pouvait se voir opposer, en compensation, sa dette naturelle par son créancier, devenu pour une autre cause son débiteur civil ; et certains interprètes ont décidé que la dette naturelle de l'esclave ne pourrait lui être opposée en compensation, après son affranchissement, qu'autant qu'il avait conservé son pécule et jusqu'à concurrence seulement de ce pécule au moment de l'affranchissement. Eh bien ! malgré cette impossibilité de compensation, il n'y avait nul doute que l'esclave ne se liât *naturellement* par ses contrats. Ce n'est pas tout, et voici un cas d'obligation naturelle pour laquelle l'analogie est complète avec celle qui résulte, suivant nous, du simple pacte. Il s'agit des *operæ officiales* que l'affranchi a fournies à son patron. Or, pour ces operæ, la répartition n'était pas admise en faveur de l'affranchi, lors même qu'il avait été déterminé par erreur à les fournir à son patron ; la raison en était que le devoir de *Pietas* sur lequel s'appuyait la prestation de telles operæ était réputé une cause suffisante de paiement. Eh bien ! quoique le seul effet d'une telle obligation fût, suivant l'opinion la plus répandue, d'empêcher la répétition des operæ fournies, on était d'accord pour la considérer comme naturelle. Nous n'irons pas sans doute jusqu'à dire, comme on l'a soutenu, qu'il y aurait eu en droit romain des obligations naturelles, dans lesquelles le seul paiement fait sans erreur ne constituerait pas

d'une part une pure libéralité, et s'opposerait néanmoins à la *condictio indebiti*, tandis que le paiement fait par erreur pourrait être répété. Cette théorie se manifeste spécialement au sujet des *quartes Falcidie* et *Pégasienne*. On sait que l'héritier qui n'a pas retenu l'une ou l'autre de ces quartes peut répéter s'il a été dans l'erreur, mais que s'il a agi sciemment et volontairement, il n'est pas considéré comme ayant fait une donation. Or, dire que l'héritier est cependant tenu d'une obligation naturelle, au sens romain du mot, c'est faire entre le droit romain et le nôtre une assimilation qui ne doit pas être, et transporter dans ce droit notre théorie des obligations naturelles. Nous croyons en effet que le caractère du *Debitum* est absolu dans cette législation et exclusif de toute répétition, même au cas où il a été acquitté par erreur.

Mais si le caractère essentiel de toute obligation naturelle est de s'opposer dans tous les cas à la répétition de l'indû, nous croyons que l'obligation qui pèse sur la partie qui s'est engagée par simple pacte à faire une prestation quelconque, est une obligation naturelle, puisqu'on ne distingue pas, pour lui refuser la *condictio indebiti*, si elle a ou non payé en connaissance de cause.

D'ailleurs, cette obligation naturelle, que nous croyons découler du simple pacte, nous semble en parfaite harmonie avec les vues qui dirigeaient le Prêteur quand il créait l'exception *pacti conventi*. C'est sous la pression victorieuse des idées d'équité et de bonne foi que le Prêteur créa cette exception. Tout en respectant les principes rigides du droit civil, il reconnut au consentement réciproque des parties une puissance obligatoire, restreinte et limitée sans doute par ces mêmes principes, mais complètement efficace dans la sphère où il la renfermait. Or, permettre à celui qui s'est obligé par pacte de revenir sur son obligation

exécutée, en répétant, au cas de paiement fait par erreur, la chose qu'il a livrée, ne serait-ce pas démentir les vues mêmes du Prêteur et contredire absolument les idées de bonne foi auxquelles il a obéi en créant l'exception.

Une autre raison de l'existence de l'obligation naturelle se tire encore de ce fait que les promesses d'un esclave, qui ne valaient que comme simples pactes, emportaient néanmoins obligation naturelle à sa charge.

Voici enfin une raison de texte. C'est la loi 5 § 2, Dig. de Sol. XLVI, 3). Il s'agit d'expliquer un rescrit d'Antonin, qui fixe l'imputation à faire des intérêts payés par le débiteur, dont les uns étaient *stipulés* et les autres n'étaient dus que *naturellement*. Ulpien, pour montrer que des intérêts peuvent être dus naturellement, donne pour exemple le cas d'un simple pacte : « *Quædam usuræ ex stipulatione, quædam ex pacto naturaliter debebantur.* » N'est-ce pas reconnaître comme un principe indiscutable que les pactes engendrent au moins des obligations naturelles, quand telle est la volonté des parties ? Il est bien vrai que c'est tout à fait incidemment que le Jurisconsulte parle de la vigueur d'un pacte ; mais aussi n'est-ce qu'à titre d'exemple qu'il cite le pacte d'intérêts, faisant bien entendre par là que le principe est admis. Le Jurisconsulte n'avait pas à démontrer, dans ce passage, que les pactes engendrent des obligations naturelles ; si telle eût été son intention, on pourrait peut-être objecter que sa décision est spéciale au pacte d'intérêt ; or, cela n'est pas.

Divers arguments ont été produits par les partisans du système adverse. Voici les deux principaux :

1° On invoque la loi 1, § 2, Dig. de Verb. Oblig., XLV, 1. Il s'agit de savoir si un simple signe de tête affirmatif suffit comme réponse à l'interrogation du

stipulant, et le Jurisconsulte déclare que ce signe de de tête n'oblige son auteur ni civilement ni naturellement. Qu'est-ce à dire, en conclue-t-on, sinon que le pacte ne peut pas même engendrer d'obligation naturelle, puisque ce signe affirmatif du promettant constitue un pacte tacite. Mais cette argumentation ne peut valoir. Que signifie, en effet, un signe de tête? N'est-il pas le plus souvent douteux, dit fort judicieusement M. Accarias; or, si un pacte peut se former par un consentement même tacite, du moins faut-il que ce consentement soit certain. Et, dans l'hypothèse du texte, s'il n'y a pas d'obligation, même naturelle, c'est qu'il n'y a pas non plus de pacte.

2° On propose un second argument qui n'est pas plus sérieux. Si, dit-on, le pacte engendrait une obligation naturelle, il suffirait aux parties de faire ensuite un pacte de constitut, pour créer une obligation civile, qui viendrait alors sanctionner le premier pacte : de cette manière, il serait facile de violer le principe qu'un pacte ne crée pas d'obligation civile. Mais, répondrons-nous, c'est une pure allégation que de prétendre que les parties ont entendu tourner la loi au moyen de deux pactes successifs, par cela seul qu'un pacte de constitut a suivi le premier pacte; et la loi ne serait vraiment éludée qu'autant qu'en effet telle aurait été leur intention. Car de deux choses l'une : ou bien, au moment de la première convention, les parties ne pensaient pas au pacte ultérieur de constitut, et comme alors on ne peut pas dire que leur intention était de violer le principe : *Ex pacto actio non nascitur*, il n'y a aucune raison pour refuser au pacte de constitut la sanction d'une action; ou bien, au contraire, les parties se sont entendues pour faire immédiatement succéder le pacte de constitut au premier pacte; les deux opérations n'en font en réalité qu'une seule dans leur esprit; c'est un seul et même *negotium juris*. Leur

intention de violer la loi est manifeste et nous convenons qu'ici le pacte de constitut doit rester sans effet. Et si, d'autre part, le premier pacte ne crée pas d'obligation naturelle dans ce cas, cela tient à ce que l'intention des parties a été de créer une obligation civile ou de n'en créer aucune.

On a aussi tenté de tirer un argument contre la possibilité pour un simple pacte de créer une obligation naturelle, de la *condictio ob rem dati*. En effet, a-t-on dit, la dation qui donne naissance aux contrats *do ut des* et *do ut facias* n'est rien que l'exécution unilatérale d'un pacte synallagmatique. Or, la *condictio ob rem dati* permet, à celui qui a exécuté la convention, de répéter l'objet de la dation ; donc le pacte n'avait pas créé d'obligation naturelle. Cela est vrai ; mais cet argument ne nous touche pas. Telle, en effet, a été la volonté des parties ; il est donc impossible qu'une obligation naturelle naisse là où les contractants ne l'ont pas voulu ; et il serait à coup sûr étrange que l'exception de pacte créée par le Préteur pour faire respecter la bonne foi dans les conventions, fournît précisément à la mauvaise foi de la partie qui ne veut pas exécuter son engagement, un moyen pour y échapper, tout en conservant le bénéfice de la dation par lui reçue.

CHAPITRE II

Pactes adjoints à un contrat

Nous allons maintenant nous occuper des pactes dans leurs rapports avec les contrats auxquels ils peuvent être joints, et nous demander si cette liaison entre un pacte et un contrat préexistant ne va pas modifier les règles précédemment posées sur la vertu des pactes, et si oui, en quoi consistent ces modifications.

SECTION I

Pactes adjoints in continenti à un contrat

§ 1. — PACTES ADJOINTS IN CONTINENTI A UN CONTRAT

DE BONNE FOI

La règle est posée en ces termes par Ulpien (L. 7, § 5, de Pactis Dig.) : « *Interdum format ipsam actionem, ut in bonæ fidei judiciis, sed hoc sic accipiendum ut, si quidem ex continenti pacta subsecuta sint, etiam ex parte actoris insunt* » (et Loi 13 au Code de Pactis, II, 3). Ainsi les pactes adjoints *ex continenti* à un contrat de bonne foi font partie de ce contrat :

insunt contractui, continentur contractu et l'action du contrat les sanctionne, sans distinguer s'ils augmentent ou diminuent l'obligation née de ce contrat. Dans tous les cas, ce sera *ipso jure* qu'opèrera le pacte, et les parties, pour le faire respecter, useront de l'action du contrat. Pour exprimer ce résultat, Ulpien (L. 7, § 4, Dig. de Pactis) dit que les pactes ajoutés ex continenti font partie du contrat *ex parte actoris*. Si par exemple, dans une vente, l'acheteur a promis un fidéjusseur, promesse qui ajoute aux effets naturels de ce contrat, le vendeur agira par l'action *venditi* pour faire exécuter cette promesse. Soit maintenant un pacte ayant pour but de diminuer les effets du contrat. Il a été par exemple convenu que le vendeur ne répondrait que de son dol ; puis la chose périt entre ses mains par l'effet de sa simple négligence. Le pacte agira *ipso jure*. De plein droit l'obligation du vendeur sera diminuée comme l'ont entendu les parties ; l'action *empti* qui, dans le silence des parties, aurait comporté naturellement le droit pour l'acheteur de se faire indemniser de la faute du vendeur, se trouve restreinte dans sa portée par la seule vertu du pacte. Il en résulte que le vendeur poursuivi par l'acheteur, au moyen de l'action *empti*, en réparation du dommage que cause sa négligence à celui-ci, lui opposera une défense et non une exception ; or, on le sait, la distinction est profonde entre ces deux genres de moyens de défense et voici une conséquence importante de cette distinction. Tandis, en effet, que s'il s'agissait d'une simple exception, telle que celle qui résulte d'un pacte adjoint *ex intervallo*, cette exception pourrait être paralysée par une réplique née d'un second pacte contraire au premier, dans notre hypothèse au contraire, un second pacte opposé au premier, et rendant le vendeur responsable même de sa faute, ne pourrait être opposé victorieusement par le demandeur à l'action *empti*, à la défense

proposée par le défendeur : « *Replicatio est contraria exceptio quasi exceptionis exceptio* » (L. 22, Dig., L. XLIV, 1). La réplique ne peut en effet s'attaquer qu'à une exception ; si elle pouvait être opposée à un moyen de défense tiré du fond, le demandeur ferait résulter une action d'un simple pacte, ce qui est contraire à la règle « *Ex pacto actio non nascitur.* » Mais un pacte peut donner naissance à une exception, et le pacte qui restituerait en leur entier les obligations du vendeur diminuées par le premier pacte, celui qui postérieur à la vente, viendrait rendre le vendeur responsable de sa faute, offrirait à l'acheteur un moyen victorieux dans le cas où le vendeur ayant indemnisé l'acheteur de la perte de la chose, par suite de sa négligence, viendrait ensuite lui réclamer par la *condictio indebiti* la restitution de cette indemnité. La qualité de défendeur qu'aurait alors l'acheteur lui permettrait d'user de l'exception *pacti conventi* et lui assurerait gain de cause.

Tout cela revient à dire que le pacte qui nous occupe est un pacte adjoint *ex intervallo* à la vente. Or un tel pacte, nous le verrons, ne peut, de plein droit, augmenter l'obligation née du contrat.

Ainsi donc l'obligation née du contrat est diminuée avec une énergie beaucoup plus grande par le pacte adjoint *in continenti* que par le pacte adjoint seulement *ex intervallo*. A vrai dire le pacte adjoint *in continenti* ne diminue pas l'obligation ; il l'empêche plutôt de naître avec toute l'étendue qu'elle a par l'effet naturel du contrat qui l'engendre.

Le motif de cette participation du pacte adjoint *in continenti* à la force obligatoire du contrat et à l'action qui le sanctionne, s'explique de reste. A vrai dire, en effet, ce pacte n'est pas une dérogation à la convention ; c'est bien plutôt une clause intégrante de cette convention, une condition même de l'accord des volontés ; et le but poursuivi par les parties, leur intention définitive,

n'est que la résultante de toutes les clauses insérées au contrat. Or, cette intention définitive qui n'est autre que la convention même, est sanctionnée pour le tout par l'action née du contrat.

De cette idée que les pactes adjoints *in continenti* à un contrat de bonne foi en faisaient partie intégrante, les Jurisconsultes de l'école Sabinienne avaient tiré cette conséquence, que même les pactes résolutoires insérés dans un contrat de vente devaient être sanctionnés par l'action du contrat. Supposons une vente exécutée de part et d'autre, mais soumise à une condition résolutoire, telle que le *Pacte Commissoire*, contemporain du contrat. Il s'agissait de déterminer par quelle action le vendeur pourrait réclamer à l'acheteur la restitution de la chose vendue. Or pendant longtemps, on le sait, les purs principes du droit romain, encore régnants à la fin de l'époque classique, s'opposaient absolument à ce que l'effet de la résolution atteignît autre chose que le contrat lui-même, qui seul se trouvait résolu par l'événement de la condition. Quant à la translation de propriété, elle conservait toute sa force, malgré l'accomplissement de la condition résolutoire ; car le droit romain ne reconnaissait pas la propriété constituée *ad tempus*. Le vendeur n'avait donc que le seul secours d'une action personnelle pour se faire réintégrer dans la propriété de la chose vendue. De tout temps il put se prévaloir de la *Condictio sine causâ*, action complètement insuffisante, puisque, ne dérivant pas directement de l'accord des volontés, elle était nécessairement impuissante à assurer l'exécution des obligations réciproques qui pouvaient exister à la charge de l'une et de l'autre partie. Il était indispensable de reconnaître pour ce cas l'existence d'une action contractuelle qui permît au vendeur de faire tenir compte à l'acheteur des détériorations survenues par son fait à la chose, par exemple,

ou encore de le contraindre à lui céder les actions acquises par lui à son occasion, et qui d'autre part permît à l'acheteur d'obtenir du vendeur la restitution, soit du prix, soit des dépenses nécessaires qu'il avait exposées pour la chose. Sur ce point les deux écoles Proculienne et Sabinienne étaient d'accord. Mais la divergence naissait entre elles sur le choix à faire de l'action contractuelle dont la nécessité se faisait sentir. Les Proculéiens, partant de cette idée que la translation de propriété avait été faite sous la condition que la propriété serait, le cas échéant, retransférée au vendeur, y voyaient un contrat de la forme *do ut des* et donnaient au vendeur l'action *præscriptis verbis* (L. 12, Dig. XIX, 5). Ils se refusaient absolument à donner au vendeur, pour rentrer en possession de la chose, l'action *venditi*, née d'un contrat qui, suivant eux, ne pouvait plus avoir aucune force, puisqu'il était résolu. C'est précisément cette action *venditi* que les Sabinien donnaient au vendeur et cela par application du principe que les pactes adjoints *in continenti* font partie du contrat de bonne foi. Cette décision des Sabinien à coup sûr plus logique et plus conforme aux principes des pactes adjoints que celle des Proculéiens était d'ailleurs en conformité avec la théorie qu'ils professaient, nous le verrons, au sujet de l'action par laquelle ils sanctionnaient les conventions bilatérales exécutées d'un seul côté, en d'autres termes les contrats innomés.

Nous verrons, en effet, qu'au moment où furent reconnus ces contrats et quand il s'agit de les sanctionner, ils furent d'avis de leur appliquer, dans chaque cas, l'action du contrat nommé dont ils se rapprochaient le plus.

Les Proculéiens eux-aussi, suivant la tradition de Labéon, leur chef, qui le premier avait proposé de munir d'une action spéciale, l'action *præscriptis verbis*, les conventions synallagmatiques qui ne pouvaient

rentrer dans la classe des contrats nommés, les Proculiens, disons-nous, en accordant ici l'action *proëscriptis verbis* au vendeur, restaient logiques avec eux-mêmes. Mais ils l'étaient moins, croyons-nous, que les Sabinien, en ce qui touche l'exacte appréciation des principes qui gouvernent les pactes adjoints.

D'une part, en effet, la raison pour laquelle les pactes adjoints *in continenti* à un contrat de bonne foi sont réputés inhérents au contrat, c'est que ces pactes forment, avec les conventions, d'où le contrat tire son nom, un seul tout juridique, qu'il est naturel de soumettre à la même sanction. Et d'autre part l'objection des Proculiens qui consiste à dire qu'une vente résolue ne peut plus servir de support à un pacte n'est pas sans réplique. La convention principale du contrat, si l'on veut, celle qui tend à l'exécution de la vente, n'est qu'une des faces de la convention ; il y en a une autre, c'est la reprise de la chose le cas échéant ; c'est la résolution qui, à un titre égal est l'expression de la volonté des parties ; et de ce qu'il a été indispensable, pour animer cette seconde partie de la convention, de l'unir intimement à la première, il ne s'en suit pas nécessairement, croyons-nous, que la première ne devant plus avoir d'effet, la seconde doive avoir la même fortune.

Il y a plus, et la condition même de l'efficacité de la seconde partie, c'est précisément que la première n'ait pas d'effet. La vérité est ceci : il y a une sorte d'alternative : ou la vente sera exécutée ou elle ne le sera pas, en ce sens que l'acheteur devra restituer la chose s'il n'en fournit pas le prix. Et les deux termes de cette alternative ont été également pris en considération par les contractants au moment du contrat ; ils doivent donc jouir également du bénéfice de l'action du contrat qui les renferme. Le système des Proculiens ne crée-t-il pas une scission profonde entre ces deux parties du consentement des contractants, qui cependant forment

un seul tout, quand ils éliminent ainsi de la convention celle qui se rattache à la résolution.

Quoiqu'il en soit, cette divergence ne dura pas. Une fusion s'opéra entre les deux systèmes. Septime Sévère et Caracalla consacrèrent l'action *præscriptis verbis* sans proscrire pour cela l'action *venditi* pour l'exécution du pacte commissoire (L. 4, pr. de leg. comm., Dig. XVIII, 3). Peu de temps après, Septime Sévère, dans la loi II au Code de Pact. int. empt. IV, 54, admit également les deux actions pour le pacte de réméré.

§ 2. — PACTES ADJOINTS *IN CONTINENTI* A UN CONTRAT DE
DROIT STRICT

L'idée primitive et qui domina longtemps dans la législation romaine fut sans aucun doute que les pactes adjoints *in continenti* à un contrat de droit strict ne pouvaient avoir aucune sanction, soit qu'ils diminuassent, soit qu'ils augmentassent l'obligation. Non seulement ils n'étaient pas munis de l'action du contrat qui les renfermait, mais ils n'étaient même pas protégés par le secours d'une exception. Deux raisons nous inclinent à croire que telle fut longtemps l'idée romaine pour ces contrats. 1° D'une part en effet, les textes (L. 13, C., de Pact. II, 3 et L. 7, § 4, Dig. de Pact.), qui posent la distinction des pactes adjoints *ex intervallo* et des pactes adjoints *in continenti* ne le font que pour les contrats de bonne foi et restent muets en ce qui concerne les contrats de droit strict.

2° D'autre part, cette absence de sanction pour les pactes adjoints *in continenti* aux contrats de droit

strict est en parfaite harmonie avec la conception que s'en étaient formée les Romains. Dans ces contrats, en effet, le consentement des parties n'est rien, s'il n'est pas revêtu des solennités de la loi, ou accompagné d'une *Res* ; il doit, pour se faire reconnaître, se montrer sous les insignes de la loi. C'est en vain que dans la stipulation, jusqu'à l'époque d'Ulpien, le créancier acceptait, même immédiatement, les modifications contenues dans la réponse du promettant ; la stipulation, malgré la réalité de cet accord, restait nulle. Les paroles solennelles, qui étaient la cause de l'obligation du promettant, en étaient aussi la mesure ; la stipulation contenait tout ce qu'il y avait dans les *Verba*, mais rien de plus. Sans doute, le juge devait prendre en considération l'intention des parties, mais il ne le devait qu'autant que cette intention pouvait ressortir des *Verba* employés. En ce qui concerne le *Mutuum* et le contrat *Litteris* qui n'est qu'un *Mutuum* fictif, c'est la *Res*, la somme reçue par le débiteur, qui, en même temps qu'elle engendre son obligation, en limite strictement l'étendue.

On ne pouvait donc pas, pour ces contrats, sanctionner les pactes adjoints *in continenti* sans violer la règle que le simple consentement est dénué de toute efficacité.

Nous allons rechercher si cette rigueur primitive ne finit pas par s'atténuer.

Quant à l'Expensilation, elle avait disparu depuis longtemps et elle n'existait plus à l'époque où commença à se préciser la théorie des pactes adjoints aux contrats de droit strict. Nous ferons seulement sur elle ces simples remarques. La *Transcriptio*, ayant pour objet de constater deux numérations d'argent, était incompatible avec l'apposition d'une condition ; car si une condition peut suspendre l'effet d'une numération, elle ne peut avoir le même résultat à l'égard de la numéra-

tion elle-même, qui est un fait matériel. Mais le contrat *Litteris* devait souffrir la condition tacite de même que le terme. On sait en effet que les conditions tacites ne vicient pas certains actes qu'annulent les conditions exprimées. Quant au terme, la raison de le rejeter n'apparaît plus comme pour les conditions, et d'ailleurs l'analogie du contrat *Litteris* avec le *Mutuum*, où le pacte qui accordait un terme au débiteur était admis, indique qu'il devait en être de même pour le contrat *Litteris*.

Nous allons maintenant fixer exclusivement notre attention sur la *stipulation* et le *Mutuum*.

En ce qui concerne la *stipulation*, la règle commença par être absolue. Elle subsista dans toute sa rigueur jusqu'à la fin de l'époque classique. L'usage des *præfationes*, sorte d'actes préliminaires, dans lesquels les parties détaillaient minutieusement leurs conventions, avant de les couler dans le moule des Verba au moyen de la formule : « *Ea omnia quæ supra scripta sunt, dari faceri spondes?* » rendait possible et supportable l'exigence d'une règle si stricte et nous explique pourquoi la réaction fut si lente à se produire contre elle. C'est seulement vers la fin de l'époque classique que se remarque un changement dans la jurisprudence. A l'égard des pactes faits pour diminuer l'obligation du promettant, il est alors généralement admis qu'ils sont sanctionnés et ne restent plus lettre morte. Tous les Jurisconsultes reconnaissent que ce pacte est au moins muni d'une exception. Toutefois un désaccord existait sur le point de savoir si le pacte n'opérait pas *ipso jure*. Si oui, le pacte créait une véritable défense pour le débiteur et cette défense pouvait être opposée sans que la formule donnât au juge la mission spéciale de l'examiner.

La preuve de la première proposition se dégage nettement d'un passage de Paul. C'est la loi 4, § 3 de

Pact au Digeste. Voici l'espèce. Une somme d'argent avait été stipulée purement et simplement, puis les parties étaient immédiatement convenues que tant que les intérêts de cette somme seraient régulièrement payés, le créancier ne pourrait réclamer le capital.

Voilà un pacte qui diminue l'obligation. Or, que dit le Jurisconsulte ? « *Conditionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuerit* » cette convention a la même valeur que si elle avait été exprimée dans les verba même de la stipulation. Le débiteur poursuivi par son créancier, malgré son exactitude dans le service des intérêts, va donc pouvoir lui opposer la convention. Dans un autre passage (L. 40, de rebus creditis, Dig. XII, 1) le même Jurisconsulte rapporte une discussion à laquelle il a pris part, en qualité d'assesseur, dans l'auditoire de Papinien. La question soumise aux Jurisconsultes était celle-ci : Deux stipulations avaient été successivement faites : dans l'une le promettant s'obligeait à payer un capital aux calendes prochaines ; l'autre contenait une promesse d'intérêts pour le cas de non-paiement du capital à l'échéance. Puis les contractants étaient, par un simple pacte, convenus que le remboursement se ferait par fractions, de mois en mois. La discussion s'éleva sur la valeur de ce pacte. Il s'agissait de préciser entre autres choses, si ce pacte était protégé seulement par une exception, ou si au contraire il opérait ipso jure. Or, Paul nous apprend qu'il opina que le pacte devait opérer de plein droit et que son avis l'emporta. Le motif sur lequel il s'appuyait était que : « *Pacta in continenti facta stipulationi esse creduntur* ». C'est ainsi que se trouve vérifiée notre seconde proposition.

Quant aux pactes adjoints *in continenti* qui ont pour objet d'augmenter les obligations qui résultent de la stipulation, la controverse est plus vive. Certains interprètes pensent que de tels pactes ne peuvent jamais

être réputés compris dans la stipulation, en ce sens du moins qu'ils ne seraient jamais sanctionnés que par le secours d'une exception. Ils commencent par révoquer en doute l'autorité des textes cités de Paul ; ils les mettent hors du débat en disant qu'ils ne sont pas l'expression d'un principe, mais seulement des solutions spéciales et exceptionnelles, qui ne se réfèrent d'ailleurs qu'à des conventions *ad minuendam obligationem*, et qui, de plus, se justifient par cette considération, que les pactes dont il s'agit constituent des clauses substantielles du contrat lui-même et destinées à le régler. Ils ne veulent pas qu'on étende ces décisions hors des cas spéciaux sur lesquels elles sont intervenues et qu'on les érige en règle générale. Nous croyons au contraire que les termes même de Paul sont assez larges pour embrasser tout aussi bien le pacte *ad augendam* que le pacte *ad minuendam obligationem*. C'est à deux fois différentes que le Jurisconsulte exprime son opinion et les deux fois il ne dit pas un seul mot qui puisse restreindre la portée de la règle qu'il énonce. Ce n'est pas tout, et dans la loi 1, § 3, de Verb. Oblig. Dig. XIV, 1, dans laquelle Ulpien décide que les additions ou retranchements apportés à l'interrogation par la réponse, ne font aucun obstacle à la formation du contrat verbis, si d'ailleurs le créancier les accepte immédiatement, le Jurisconsulte ne distingue nullement entre les clauses substantielles du contrat et celles qui ne le sont pas, et rien ne fait supposer que cette distinction existe dans sa pensée. Et puis, n'est-ce pas parce que les principes rigides du vieux droit sur la stipulation fléchissent, qu'Ulpien a pu être amené à valider le pacte adjoint à la stipulation ; et comment expliquer la décision d'Ulpien si ces principes demeurent toujours intacts ? Si les anciens principes étaient toujours aussi rigoureusement appliqués, Ulpien n'eût pu écrire la loi 1, § 3, car la décision qu'il y donne est

manifestement contraire à ces règles anciennes. Qu'y a-t-il en effet, au fond de l'opération juridique à laquelle se réfère Ulpien? Deux choses: 1° Une stipulation nulle d'après ces règles; 2° Un pacte, et cependant la stipulation vaut et le pacte aussi, d'après Ulpien. C'est donc que le pacte rend la vie à cette stipulation et pour cela il faut bien qu'il y soit réputé compris, et s'il l'est, il participe à la force obligatoire de la stipulation.

Un dernier argument se tire de ce qui se passe dans le cas où une créance, munie de gage et d'hypothèque, a fait l'objet d'une novation. L'on sait que la novation éteint les gages et hypothèques attachés à la créance ancienne, en même temps que cette créance même. Or, il résulte des textes qu'un simple pacte adjoint *in continenti* à la stipulation novatoire, les maintient, et cela de la même façon et avec la même force que s'ils avaient été stipulés. C'est donc que le pacte fait bien partie intégrante du contrat.

Dans tous les cas, au temps de Justinien, le pacte participe de plein droit à l'action du contrat auquel il est joint. On sait que, du temps de cet empereur, le créancier qui recevait des *correi promittendi* convenait ordinairement avec chacun d'eux que la poursuite exercée contre l'un quelconque ne libérerait pas les autres. Et ce pacte qui venait ainsi modifier les effets naturels de la corréalité, opérait cependant ipso jure. L'action du créancier restait, grâce à lui, entière à l'encontre de tous ceux, autres que celui contre qui il l'avait d'abord intentée.

Nous pensons donc pouvoir affirmer que, dans les derniers siècles du droit romain, le pacte adjoint *in continenti* a toute la vigueur légale du contrat qui le soutient, de sorte qu'à cette époque, il n'y a plus, dans tous les cas, soit qu'il diminue, soit qu'il augmente l'obligation, de différence à relever sous ce rapport

entre la stipulation et les contrats de bonne foi. C'était là, il faut le reconnaître, l'aboutissant tout naturel et l'issue fatale de l'évolution du droit en matière de stipulation. L'élément vital de ce contrat était trop factice et trop arbitraire, les règles s'en trouvaient à l'origine et pendant longtemps enserrées dans un cadre trop étroit, pour qu'il n'éclatât pas un jour sous la poussée montante des idées plus naturelles et plus philosophiques sur la puissance créatrice du consentement, considéré comme élément générateur des obligations. La *causa civilis* de la stipulation avait fait son temps. Ce n'est pas d'ailleurs à ce point de vue seulement que se modifiaient les règles strictes de la stipulation. Tandis, en effet, qu'à l'origine, les seuls citoyens romains pouvaient contracter dans la forme de la stipulation et que les seules expressions consacrées étaient les mots : *Spondes ? Spondeo*, l'on sait que, peu à peu, s'introduisirent des paroles équivalentes qui produisirent les mêmes effets que le terme : *Spondere*, et qu'enfin la stipulation devint accessible aux pérégrins, et cela non-seulement en grec, mais encore en latin ; le contrat par stipulation exclusivement romain à l'origine s'était élargi et vulgarisé à tous égards.

Passons maintenant aux pactes adjoints au *mutuum*.

Il est incontestable que, dès l'origine, certains pactes adjoints au *mutuum* durent produire leur effet ipso jure. C'est ainsi, par exemple, qu'on admit toujours la validité d'un terme accordé à l'emprunteur pour le remboursement. Ce terme ressort en quelque sorte de la nature même de ce contrat, et le *mutuum* serait complètement inutile si l'emprunteur était tenu de rembourser aussitôt qu'il a reçu les deniers. On admettait également le pacte qui fixait un lieu pour le remboursement et celui qui autorisait l'emprunteur à se libérer par une série de versements partiels (L. 41, § 1,

Dig. De usuris, XXII, 1). Des conditions pouvaient aussi être apposées par un pacte adjoint au mutuum. Toutes ces clauses faisaient partie essentielle du mutuum et leur exécution était assurée par la *condictio certi* (L. 7, De reb. cred. Dig. XII, 1) : « *Omnia quæ inseri stipulationibus possunt eadem possunt etiam numerationi pecuniæ, ideo et conditiones.* »

Auront encore la force obligatoire du mutuum le pacte qui rend *correi* plusieurs emprunteurs et celui au moyen duquel l'action en restitution des deniers compété à un tiers qui n'est ni propriétaire de ces deniers ni instruit du prêt. Ce dernier pacte semblait pourtant devoir être d'autant plus difficilement admis qu'il était contraire à la règle : « *Nemo alteri stipulari potest* », et à cette condition tout d'abord essentielle de la *datio mutui*, que cette datio devait provenir du propriétaire des deniers prêtés, qui seul pouvait devenir créancier du remboursement. Or, malgré cela, ce pacte fut admis et sanctionné par l'action du mutuum (L. 126, § 2, de Verb. Oblig. Dig. et L. 2, § 4, de Reb. cred. Dig. XII, 1). Remarquons que, si l'on suppose ici que celui qui acquiert la créance de remboursement ignorait le prêt, c'est que, sans cette condition, l'acquisition de la créance par ce tiers pourrait s'expliquer autrement que par la force du pacte. Si, pourrait-on dire, le tiers devient créancier de la restitution, cela tient à ce qu'il a d'abord acquis la propriété des deniers par une tradition *brevi manu* ; et puis il les a remis à l'emprunteur pour exécuter le prêt. De ce qui précède, nous pouvons conclure, semble-t-il, que de tout temps le mutuum admit les pactes adjoints *in continenti*, soit qu'ils diminuent, soit qu'ils augmentent l'obligation. Toutefois, il faudrait se garder de trop généraliser cette conclusion. Si elle est vraie absolument des pactes tendant à diminuer l'obligation, elle ne l'est pas toujours de ceux qui tendent à l'augmenter. Le

mutuum ne fut pas, croyons-nous, pendant longtemps, soumis avec autant de rigueur que la stipulation à la règle que le simple consentement ne peut créer un lien de droit ; mais aussi ne parvint-il jamais à s'y soustraire complètement. La *causa civilis* de la stipulation avait, nous l'avons vu, perdu beaucoup de terrain ; ce résultat était inévitable ; la *causa civilis* avait un caractère trop artificiel pour qu'elle pût survivre complètement aux idées originaires qui en avaient fait l'unique cause des obligations verbis ; et, dans l'espèce de fusion qui s'opéra entre elle et le consentement, le consentement devait en définitive prendre une place prépondérante. Il ne pouvait en être de même pour le mutuum. La cause du mutuum, la *res*, la quantité, la somme livrée n'avait rien de spécial ni d'arbitraire ; elle résultait de la nature même des choses et la mesure qu'elle imposait strictement à l'obligation ne pouvait être dépassée. C'était là un obstacle invincible. Aussi, si un pacte adjoint pouvait diminuer l'obligation, il n'a jamais pu l'augmenter. La loi 11, § 1, Dig. De rebus, cred. XII, 1 nous offre de cette distinction un exemple frappant. Si, vous livrant 10 sous d'or, je conviens avec vous que vous m'en devrez seulement 9, le pacte est parfaitement valable ; il y a prêt pour 9 sous et donation pour un sou ; et je ne pourrai vous demander que 9 sous, par la *condictio certi* ; pour le dixième, vous pourrez m'opposer une défense tirée du fonds ; vous ne me le devez pas, puisque je vous l'ai donné. Mais à l'inverse, si je vous ai livré 10 sous d'or et que, par un pacte adjoint *in continenti*, nous convenions que vous m'en rendrez 11, ce pacte n'opère pas ipso jure. Il n'a que l'effet d'un pacte adjoint ex intervallo et n'engendre qu'une obligation naturelle à votre charge. Nous en dirons autant du pacte d'intérêt adjoint *in continenti* à un mutuum ; il n'est pas sanctionné non plus par l'action du mutuum et n'opère

qu'exceptionis ope. Si donc vous m'avez payé le onzième sou ou les intérêts convenus dans le pacte, vous ne pourrez pas les répéter (L. 17, pr. Dig. II, 14). Cependant, quelques exceptions existaient à cette inefficacité des pactes adjoints *in continenti* au mutuum, à l'effet d'augmenter l'obligation.

1° Un simple pacte d'intérêts, à raison de la faveur due aux cités comme personnes morales, engendrait pour l'emprunteur l'obligation civile de payer les intérêts convenus. 2° Les intérêts simplement convenus dans le *Nauticum Fœnus* peuvent être poursuivis contre l'emprunteur (L. 5, § 1. De Naut. Fœnore, Dig. XXII, 2). 3° Cette troisième exception est relative aux prêts de blé et d'orge. (L. 12. Code IV, 32).

Hormis ces trois exceptions, le pacte *ad augendam obligationem* n'entraîne pas dans le mutuum. Toutefois, et sur le fondement de la loi 7, Dig. XII, 1, M. de Savigny a soutenu que cette inefficacité des pactes adjoints *in continenti* n'a lieu que pour le mutuum d'argent. D'après cette loi, les clauses qui peuvent être insérées dans une stipulation peuvent l'être aussi dans un mutuum. M. de Savigny décide en conséquence que le pacte adjoint *in continenti* à un mutuum qui a pour objet autre chose que de l'argent, doit être traité comme celui qui est joint à une stipulation et produire une action. Nous ne croyons pas que les paroles d'Ulpien dans la loi citée, doivent être prises dans un sens aussi large et nous pensons que leur signification doit être subordonnée au principe que la *res* est, dans le mutuum, la condition même du consentement, qui doit nécessairement s'appuyer sur elle; cette *res* limite absolument à son contenu l'obligation qu'elle fait naître de rembourser et ne permet pas de convenir que la mesure qu'elle fixe puisse être jamais dépassée. M. de Savigny fortifie son opinion de la loi 23 au Code (IV, 32), qui est une Constitution de l'empereur Philippe et date par

conséquent du III^e siècle de Jésus-Christ; elle admet le pacte d'intérêts dans les mutuum de fruits et d'huile. M. de Savigny raisonne ainsi : La doctrine de la loi 23 au Code s'harmonise parfaitement avec les principes du droit. En effet, si pour le prêt d'argent, où la *condemnatio* est toujours *certa*, le juge ne pouvait pas condamner à une somme supérieure à la somme prêtée, il en était autrement dans les prêts de denrées, dans lesquels la *condemnatio* est toujours *incerta*. Dans le cas d'un mutuum d'argent, le juge ne pouvait donc pas prendre le pacte en considération, à cause de cette fixité de la *condemnatio*. Quand au contraire il s'agissait d'un prêt ayant pour objet des denrées, le juge pouvant évaluer la somme que devait comprendre la *condemnatio*, pouvait aussi se préoccuper du pacte et le faire respecter. Que tel ait été le droit depuis la Constitution précitée de l'empereur Philippe, nous n'y contredisons pas. Mais jusque-là, nous croyons fermement que le prêt de denrées devait être traité de la même manière que celui d'argent. Sans doute, la *condemnatio* est incertaine dans la formule du prêt de denrées; mais cela tient à ce que la condamnation étant nécessairement pécuniaire, il fallait bien que le juge évaluât son montant. Ce que doit rendre l'emprunteur, c'est exactement la même denrée que celle qui a fait l'objet de la *datio mutui*, dans la même quantité et avec la même qualité. Or la denrée a pu, depuis le prêt jusqu'à l'échéance, augmenter ou diminuer de valeur, et voilà pourquoi le juge devra évaluer en argent ce que vaut la chose prêtée au moment du remboursement; mais il est impossible d'en déduire cette conséquence que le pacte seul aura pu augmenter cette quantité ou cette qualité; la res ici, comme pour le prêt d'argent, est absolument limitative de la mesure dans laquelle doit s'opérer le remboursement.

SECTION II

Pactes adjoints ex intervallo à un contrat

§ I. — PACTES ADJOINTS EX INTERVALLO A UN CONTRAT

DE BONNE FOI

Nous distinguerons ici encore suivant que le pacte dont il s'agit diminue l'obligation ou y ajoute. Dans le premier cas, le pacte engendre une exception au profit de la partie dont l'obligation se trouve diminuée, et, comme le contrat étant de bonne foi, cette exception ne devra pas nécessairement être insérée dans la formule, le pacte produira sûrement son effet (L. 7, § 5, de Pactis Dig.) et Constitution de Maximien au Code (L. 13, XI, 3). C'est ainsi que le pacte, par lequel le vendeur et l'acheteur sont convenus que le vendeur ne répondra que de son dol, pourra être opposé par voie d'exception à l'action empti, par laquelle l'acheteur poursuivrait une indemnité pour la perte de la chose par suite de la négligence du vendeur. Il en est tout autrement du pacte qui a pour but d'augmenter l'obligation qui résulte pour l'un des contractants naturellement du contrat. Dans ce cas, le créancier ne pourra profiter du pacte qu'autant qu'il pourrait aussi prendre le rôle de défendeur (L. 72 Pr., 2^e phrase. De Contr. empti, XVIII, 1).

Ulpien, pour exprimer ce fait que le pacte adjoint *ex intervallo* à un contrat de bonne foi ne peut jamais et dans aucun cas être opposé que par voie d'exception,

par opposition aux pactes adjoints *in continenti* à ce genre de contrats, pour lesquels l'exécution peut se poursuivre aussi bien par voie d'action que par voie d'exception, *ex parte actoris*, dit qu'il n'opère que : *ex parte rei* (L. 7, § 5, De Pact. Dig.). S'agissant ici d'un contrat de bonne foi, l'exception pacti conventi peut être sous-entendue dans la formule, de sorte qu'elle pourrait paraître complètement assimilable à un moyen de défense tiré du fond. L'assimilation n'est cependant pas complète, car nous avons vu plus haut que le pacte adjoint *ex intervallo* ne diminue pas l'obligation avec la même force que le pacte adjoint *in continenti*, en ce que ce dernier ne peut être paralysé par un pacte contraire, tandis que le premier le peut (L. 7, § 2, De Pactis Dig.).

Il est facile de comprendre pourquoi le pacte adjoint *ex intervallo* ne fait pas comme le pacte adjoint *in continenti*, partie du contrat auquel il se réfère. Le pacte adjoint *in continenti*, nous le savons en effet, a déterminé les parties à contracter; il se fonde dans l'ensemble du contrat dont il n'est qu'une clause, et voilà pourquoi il participe de sa force obligatoire. On n'en saurait dire autant du pacte adjoint *ex intervallo* qui, lui, se détache absolument du contrat principal et n'a nullement influencé la volonté des parties au moment du contrat. Le contrat était complet sans lui, et reflétait adéquatement la commune intention des parties. La relation lointaine qui rattache ce pacte au contrat ne peut lui en communiquer la force.

En résumé donc, les pactes adjoints *ex intervallo* à un contrat de bonne foi ne sont garantis que par une exception.

Tel est le droit commun. Mais ce principe reçoit une importante restriction en matière de contrats consensuels. Dans ces contrats, en effet, le consentement est le seul principe générateur des obligations qui en

naissent ; et s'il est tout puissant pour la formation du contrat, il l'est aussi pour sa dissolution, tant du moins que les choses sont entières, que rien n'a été fait par l'une ou l'autre des parties pour l'exécution de leur engagement. Nous verrons, tout à l'heure, ce qu'il faut entendre exactement par les mots : *choses entières*. D'autre part, un pacte adjoint ex intervallo à un contrat consensuel ne pourra dissoudre ce contrat qu'autant qu'il en modifiera les éléments essentiels, *Substantialia*, par exemple, le prix ou la chose vendue dans la vente, par opposition aux *Adminicula*, qui ne sont que des modalités des diverses obligations qui naissent du contrat, telle que la clause qui décharge le vendeur de la faute, ou celle encore qui ajoute à son obligation de livrer ou en retranche celle de fournir la *cautio duplæ*. Par la force même du consentement se forme un nouveau contrat qui remplace le premier.

Que ce *contrarius consensus* puisse dissoudre ipso jure un contrat formé lui-même par le seul consentement, si d'ailleurs il intervient dans les conditions indiquées, rien n'est plus naturel et ne s'accorde mieux du reste avec cette antique règle romaine ainsi formulée : *quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt*. Aussi bien est-ce à cette règle que nombre de textes rattachent l'effet du *contrarius consensus* (L. 80, de Sol. Dig. XLVI. 3. L. 35 de Reg. juris. Dig. L. 16) et nous croyons que c'est avec raison. C'était, en effet, une règle ancienne, fort en honneur à Rome, que les droits se perdent et disparaissent par les modes mêmes qui leur avaient donné naissance. Le droit de propriété, par exemple, passe de son titulaire à une autre personne par les mêmes moyens qui avaient permis au premier de l'acquérir ; les mêmes solennités qui engendraient les droits pouvaient seules aussi les détruire. C'est ainsi que la *manus* acquise par la *confarreatio* ne pouvait disparaître volontairement que par le mode

inverse de la *diffareatio*, qu'un testament ne pouvait être révoqué que par un testament. En poursuivant l'analogie, on découvre également que les obligations contractées *per aes et libram* ne pouvaient s'éteindre que par les mêmes solennités ; que l'effet de la stipulation ne pouvait être détruit que par une acceptilation et celui du contrat *litteris* par des écritures nouvelles. Pour ces différentes obligations nées de contrats, où le seul consentement n'agissait pas indépendamment de formes déterminées, le paiement ne pouvait non plus suffire à éteindre ces obligations ; il n'était qu'une condition de la libération, mais ne la procurait pas ; il permettait seulement au débiteur de l'exiger de son créancier dans les formes légalement extinctives. Cette même règle avait pour conséquence que les contrats formés *Re* s'éteignaient ipso jure par le paiement seul, qui était précisément leur mode spécial d'extinction, comme l'était elle-même l'acceptilation pour les obligations nées de la stipulation. Quant aux contrats consensuels, cette même règle permettait bien de les éteindre ipso jure, mais elle ne rendait pas obligatoire le *contrarius consensus* comme leur mode spécial et exclusif d'extinction ; et pour eux le paiement fut toujours une cause d'extinction ipso jure des obligations qu'ils avaient fait naître. Le contraire eût été inadmissible, car il eût eu pour conséquence que les contrats consensuels n'auraient jamais été exécutés.

L'effet extinctif ipso jure du *contrarius consensus* nous semble bien être une dérivation de la règle : *quæ jure contrahuntur eodem jure pereunt*. Toutefois, un un texte d'Ulpien lui attribue une autre origine. Suivant lui (L. 7, § 6 de Pact. Dig.), si le *contrarius consensus* éteint ipso jure les obligations nées d'un contrat consensuel et dissout le contrat, cela tient à ce que le contrat étant de bonne foi, l'exception née du pacte où se manifeste ce *contrarius consensus* est de

plein droit sous-entendue dans la formule et fournit une détense tirée du fond contre l'action. Mais cette explication nous semble erronée. Si cela est vrai des pactes adjoints in continenti, nous avons vu que le pacte adjoint ex intervallo ne peut jamais opérer qu'exceptionis ope ; et, d'autre part, si cet effet absolu du *contrarius consensus* devait se rattacher, comme le veut Ulpien, à la nature du contrat de bonne foi comme à sa cause, pourquoi le *contrarius consensus* serait-il inopérant pour détruire ipso jure tout autre contrat de bonne foi ?

Deux conditions, disions-nous, sont nécessaires pour que, dans les contrats consensuels, le pacte adjoint *ex intervallo* produise ipso jure la dissolution du contrat primitif.

Il faut 1° que ce pacte intervienne avant tout commencement d'exécution, *rebus adhuc integris, re integra* ou *re non secuta*, disent les textes (L. 2, C.IV. 45. — L. 3. Pr. et L. 2. — Dig. XVIII. 5).

2° Qu'il porte sur les éléments essentiels du contrat, *circa substantialia* (L. 72, pr. Dig., XVIII, 1).

1° Il faut que le pacte soit intervenu avant l'exécution du contrat consensuel, pour qu'il opère son effet dissolvant. Tant, en effet, que rien n'est encore exécuté, le *contrarius consensus* produit deux effets : 1° Il éteint *ipso jure* l'ancien contrat. 2° *Ipso jure* aussi, il donne naissance à une convention nouvelle.

Ici surgit une controverse. Tous actes d'exécution, quels qu'ils soient, font-ils obstacle à cet effet, ou n'y en a-t-il que quelques-uns et quels sont-ils ? Supposons, pour fixer les idées, qu'il s'agisse d'un contrat de vente. Il est incontestable que si la chose avait été livrée ou le prix payé en tout ou partie, le *contrarius consensus* ne pourrait plus agir pour détruire l'ancien contrat et y substituer la nouvelle convention. Le prix étant payé, par exemple, le pacte *ex intervallo*

n'opérant que *exceptionis ope*, l'acheteur ne peut se fonder sur lui pour répéter son prix ; il n'a pas d'action. Il pourra seulement poursuivre l'exécution de l'obligation du vendeur et celui-ci ne pourra pas opposer avec succès l'exception de pacte, car immédiatement l'acheteur la détruira en répliquant que c'est user de dol que de ne pas exécuter l'obligation de livrer et de conserver néanmoins le prix reçu, et cette réplique *doli mali*, paralysant l'exception de pacte, aura pour effet de rendre toute sa force à l'action *empti* qui lui assurera le bénéfice de la vente. En définitive, l'exécution de son obligation par l'une des parties a pour effet de rendre complètement inutile et inopérant le *contrarius consensus* intervenu plus tard. Cela se comprend de reste, car, en d'autres termes, le *contrarius consensus* peut bien détruire un premier accord de volontés, mais il n'a aucune prise sur un fait accompli. Pour détruire l'effet produit par la dation du prix, il faudrait une restitution de ce prix. Le *contrarius consensus* est ici tout aussi impuissant pour dissoudre le contrat qu'il le serait pour dissoudre un contrat réel, par exemple un dépôt. Ici comme là, il y a une tradition dont le seul accord des volontés ne peut détruire l'effet. Le fait inverse seul le pourrait. Il s'agit bien moins ici de revenir sur une première obligation, ce qui est impossible puisqu'elle est exécutée, que d'en créer de nouvelles : or un pacte ne peut y suffire (L. 58. Dig. II, 14). Il va donc sans difficulté que la livraison de la chose vendue ou le paiement du prix s'opposent à l'effet extinctif et novatoire du *contrarius consensus*.

Mais que décider dans le cas où le vendeur, pour exécuter une clause du contrat, fournit un fidéjusseur par exemple ? Nous supposons qu'aucun autre acte d'exécution n'a eu lieu, soit sur le prix, soit sur la chose. Sur cette question deux solutions opposées nous sont données par Papinien et Paul. Papinien

soutient que l'accomplissement par le vendeur d'une partie de ses obligations n'oppose aucun obstacle à la dissolution *ipso jure* du contrat, par un pacte ultérieur, et par voie de conséquence, il déclare libéré le fidéjusseur dont l'obligation n'est qu'accessoire à celle du vendeur (L. 95, § 12 de Sol. Dig. XLVI, 3). Paul au contraire tient que le contrat, malgré le pacte, subsiste *ipso jure* et dit que les obligations des parties, de même que celle du fidéjusseur, sont simplement paralysées par une exception *pacti conventi* (L. 3, De Resc. vend. Dig. XVIII, 5). L'opinion de Paul est sans contredit plus logique que celle de Papinien. Il nous semble en effet que le *contrarius consensus* n'a que faire pour modifier le contrat, dès l'instant qu'il a reçu un commencement d'exécution. Dans ce cas, comme dans celui du paiement du prix, le *consensus* nouveau ne rencontre pas l'ancien, ce qui nous semble une condition indispensable de son efficacité. Entre eux se dresse en effet un élément formel, résultant de l'exécution unilatérale du contrat, que le *consensus* est impuissant à détruire à lui seul. Il faudrait, pour que le pacte pût opérer *ipso jure*, et que le résultat du fait exécuté fût détruit, qu'un fait inverse fût intervenu. « *Quæ jure contrahuntur, eodem jure pereunt.* » Nous voyons dans la loi 58 (II, 14 Dig.) que, dans le cas où le vendeur a acquitté ses obligations, la dissolution du contrat redevient possible si l'acheteur a remis les choses en l'état. Il y avait donc un obstacle à l'efficacité du *contrarius consensus*, et cet obstacle ne peut être levé que par une *repräestatio* ayant les mêmes objets que la *präestatio* faite par le vendeur. Il est vrai que dans ce passage, le Jurisconsulte suppose une exécution complète des obligations du vendeur : *Si ea quæ me ex empto prestare tibi oporteret præstitissem.* Mais il nous semble que le motif de décider doit être le même dans le cas où l'exécution n'aurait porté que sur une obligation accessoire de la vente.

Nous croyons que la règle : *quæ jure contrahuntur eodem jure pereunt*, impose cette solution et la conformité de l'opinion de Paul avec cette même règle, nous est un motif de la croire préférable. Au surplus, le principe est que le pacte adjoint *ex intervallo* à un contrat de bonne foi n'opère qu'*exceptionis ope*. Que la règle : *quæ jure contrahuntur, eodem jure pereunt* y apporte une dérogation, c'est bien ; mais pourquoi admettre encore une dérogation, du moment que cette règle, loin de la réclamer, s'y oppose au contraire.

On cherche à concilier les deux textes de Papinien et de Paul, soit en suppléant les expressions *per exceptionem* (après les mots *soluto contractu*, sans doute), soit en disant que dans le cas prévu par Papinien, le vendeur n'est pas obligé par son contrat de fournir un fidéjusseur. Mais c'est là supprimer la question, ce n'est pas la résoudre ; et la question était débattue. *Quæsitum* est, dit Paul.

D'après les Institutes, les choses sont réputées *entières* par cela seul que le contrat n'a encore reçu aucune exécution (L. 3, T. XXIX, § 4, Inst.). Nous croyons que si l'absence de toute exécution est une condition essentielle et fondamentale de la *res integra*, elle ne suffit cependant pas toujours. Si l'on va au fond des choses, en effet, l'obstacle véritable à l'effet du *contrarius consensus* réside dans l'impossibilité où il est de combattre un fait accompli, ou plutôt encore dans l'extinction, quelle qu'en soit la cause, de l'une des obligations nées du contrat ; l'exécution des obligations n'est qu'un des modes de leur extinction ; il y en a d'autres et notamment celle qui résulte, pour l'obligation du vendeur, de la perte fortuite de la chose vendue, ou encore de la transformation de l'une des obligations en une nouvelle obligation par l'effet de la Novation. Dans tous ces cas, la dissolution du contrat primitif ne peut résulter *ipso jure* du *contrarius consensus* (LL.

3 et 5, § 2. De Rescend. vend. Dig. XVIII, 4). Il faudra donc, pour que le *contrarius consensus* puisse opérer, qu'il trouve encore à éteindre toutes les obligations nées du contrat. Cela se comprend aisément. De même que le consentement, s'il s'agit d'un contrat synallagmatique, doit nécessairement engendrer des obligations réciproques, de même il ne peut dissoudre un tel contrat, s'il est en partie déjà exécuté, ou si, ce qui revient au même, l'une des obligations réciproques a disparu. Le *contrarius consensus* doit pouvoir défaire à lui seul l'œuvre entière du premier accord des volontés. Le *contrarius consensus* n'opérerait pas non plus *jure ipso* et n'aurait que la valeur d'un pacte *de non petendo*, s'il avait pour but de libérer un seul des contractants. A vrai dire, il n'y aurait pas dans ces divers cas, un véritable *contrarius consensus*. Toutefois les lois (5 de Resc. Vend. Dig. XVIII, 5 et 23 de Acceptatione Dig. XLVI, 4) nous offrent l'exemple d'un simple pacte de remise agissant avec la force extinctive d'un véritable *contrarius consensus*, mais il n'y a là qu'une interprétation des volontés, de laquelle on présume l'intention de dissoudre complètement le contrat. Ce n'est là qu'une présomption qui pourrait être détruite par la preuve contraire.

2° La seconde condition pour que le *contrarius consensus* puisse tout à la fois éteindre *ipso jure* un contrat consensuel et lui en substituer un nouveau aussi *ipso jure*, c'est que le pacte qui le soutient modifie ce que les Jurisconsultes appellent *substantia contractus*, le prix, la chose vendue, dans le contrat de vente. (L. 72. Pr. Dig. XVIII. 1). C'est qu'en effet dans ce cas, le changement portant sur les éléments essentiels du contrat, la volonté des parties d'en faire un nouveau est manifeste ; une vente diffère d'une autre par son prix et par son objet ; changer l'un ou l'autre de ces éléments, c'est détruire la première

vente et en consentir une seconde sur de nouvelles bases. Si au contraire le pacte n'avait porté que sur les *Adminicula*, c'est-à-dire sur les qualités non essentielles du contrat, il n'aurait plus que la valeur d'un pacte adjoint *ex intervallo* ; il serait dépourvu d'action s'il avait pour objet d'augmenter l'obligation, sauf toujours la possibilité pour le créancier d'en obtenir l'accomplissement par voie d'exception, dans le cas où il pourrait jouer le rôle de défendeur ; et si le pacte diminuait l'obligation, il serait encore muni d'une exception seulement, mais sûrement exécuté. C'est ce que dit Papinien dans la loi 72, Pr. Dig. XVIII, 1 ; il fait la distinction suivante : ou les pactes postérieurs à la vente *detrahunt aliquid emptioni*, ou au contraire *adjiciunt*, ils ajoutent au Contrat. Dans le premier cas, ils opèrent *ipso jure* (L. 72. pr. Dig. XVIII, 1). Ce que le Jurisconsulte entend par les expressions *Detrahere emptioni*, c'est changer par une convention ultérieure les éléments essentiels du Contrat. Cette expression est, sous sa plume, synonyme de *Recedere a priori contractu*, par opposition à *Adjicere* qui n'exprime qu'une modification aux *Adminicula*. *Detrahere*, c'est, pour lui, enlever au premier contrat quelque chose de sa nature, de sa substance même. Les pactes, dont tel est l'objet, renouvellent le Contrat *ipso jure* : *Et Nova emptio intervenisse videtur*. Dans le second cas, le pacte n'opère que par voie d'exception. Papinien suppose d'abord qu'un pacte vient dispenser le vendeur de fournir la *Cautio duplæ* qui lui avait été imposée par une clause de la vente. Ce pacte, qui ne porte que sur les *Adminicula*, ne pourra pas être opposé à l'acheteur par l'action *venditi*, mais seulement par voie d'exception à l'action *empti*. Papinien suppose ensuite qu'un pacte ultérieur impose au vendeur l'obligation de fournir la *cautio duplæ* avec *satisfaction* ; c'est encore ici *adjicere* seulement au Contrat

primitif. Papinien dit encore que le pacte n'opérera que par voie d'exception. L'acheteur ne pourra pas agir par l'action *empti* pour obtenir cette *cautio duplæ* ; car un tel pacte ne fait pas partie du contrat. Mais si le vendeur intente l'action *venditi* avant de l'avoir fournie, l'acheteur pourra, grâce à l'exception *pacti conventi*, forcer le vendeur à s'exécuter.

§ 2. — PACTES ADJOINTS EX INTERVALLO A UN CONTRAT DE

DROIT STRICT

Un tel pacte n'a jamais été considéré comme faisant partie du contrat. Fait *ad augendam obligationem*, il n'est pas garanti par l'action du contrat, il engendre seulement une obligation naturelle à la charge du débiteur dont, grâce à l'exception *pacti conventi*, le créancier pourra conserver le bénéfice, si elle a été exécutée par le débiteur. Si au contraire le pacte est intervenu *ad minuendam obligationem*, le débiteur est immédiatement protégé par une exception qui en assure le respect. Toutefois, et à la différence de ce qui se passe pour les pactes adjoints *ex intervallo* à un contrat de bonne foi, l'exception devra être insérée dans la formule délivrée au créancier pour la poursuite de l'obligation.

CHAPITRE III

Pactes adjoints à une dation

Nous ne nous occuperons pas des pactes adjoints *ex intervallo* à une dation. Ces pactes en effet, sont soumis aux mêmes règles et produisent les mêmes effets que les pactes adjoints *ex intervallo* aux contrats.

Fixons donc notre attention sur les pactes *adjoints in continenti* à une dation. Ces pactes ont été consacrés bien avant ceux se rattachant aux contrats. Toutefois, s'ils remontent à une plus haute antiquité, ces pactes n'eurent jamais des effets aussi entiers que ceux adjoints à un contrat. Tandis, en effet, que ceux-ci, grâce à l'action du contrat dont ils ne sont qu'une clause, recevront toujours leur exécution, les pactes adjoints *in continenti* à une dation ne sont protégés que d'une manière indirecte et fort imparfaitement. D'une part en effet, aucun moyen ne compète au créancier, auteur de la dation, pour forcer le débiteur à exécuter; et le créancier ne pourra que conserver le bénéfice de l'obligation que le débiteur aura volontairement exécutée. Et d'autre part, la seule crainte de perdre le bénéfice de la dation par le moyen de la *condictio ob rem dati*, qui compète au créancier, à l'effet de recouvrer la chose transférée par lui en propriété, pourra incliner le débiteur à exécuter l'obligation qui lui incombe comme équivalent de la dation.

Trois textes témoignent de l'efficacité très ancienne des pactes adjoints à une dation. 1° c'est un fragment du Commentaire de Gaius sur la loi des XII Tables. « *In traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere manifestum est.* » (L. 48, de Pactis, Dig). Voilà pour la tradition ; 2° le second texte est un fragment de la loi des XII Tables (T. VI, 1) : « *quum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupâssit, ita jus esto.* » Voilà pour la *mancipation* ; 3° Enfin le paragraphe 20 des Fragments du Vatican contient ce passage de Paul, dans lequel le Jurisconsulte, discutant la question de savoir si un usufruit peut être constitué *ex tempore* par voie de *mancipation* ou d'*In jure Cessio*, décide affirmativement, malgré l'opinion contraire de Papinien. Peul se fonde sur la loi des XII Tables et assimile ainsi sous le rapport qui nous occupe, l'*In jure cessio* à la *mancipation*. Ces différents textes établissent donc que dès la loi des XII Tables, les pactes adjoints *in continenti* à une translation de propriété ou à un transfert de droit réel étaient déjà sanctionnés. Toutefois et malgré l'autorité de ces textes, ce serait une erreur de croire que l'efficacité de ces pactes fut toujours aussi généralement admise dans ces temps anciens. Trois catégories de restrictions venaient limiter ce caractère général, qui semble ressortir pour les pactes, des textes précités. Nous allons, pour la clarté de l'exposition, distinguer les pactes qui ont pour objet de restreindre les effets naturels de la dation et les pactes dont le but est de souder une obligation sur la dation ; et pour chacune de ces classes de pactes, nous déterminerons les exceptions qui viennent corriger ce qu'a de trop général le caractère d'efficacité attribué par la loi des XII Tables à ces pactes.

1^{ent} Pactes dont l'objet est de diminuer les effets naturels de la dation.

Les restrictions au principe de l'efficacité des pactes

adjoints procèdent ici de deux ordres d'idées différents. Les unes tiennent à la nature du droit qu'il s'agit de créer. C'est ainsi que tout pacte adjoint à une dation et portant que la propriété, après l'expiration d'un certain temps ou l'événement d'une condition, reviendra à l'aliénateur, sera nul, par application de ce principe que la propriété *ad tempus* n'est pas reconnue aux premiers temps de Rome (L. 283 Fr. Vatic. L. 26, C. de Legatis VI, 37). Un tel pacte n'est pas seulement sans effet obligatoire ; il annule aussi la dation à laquelle il se réfère. Le même pacte adjoint à une constitution de servitude prédiale par *mancipation* ou *in jure cessio* serait également nul ; car il est aussi exclu par la nature même des servitudes qui sont perpétuelles comme la propriété même. Mais ici le pacte n'annule pas l'acte entier ; il est seulement considéré comme non avenu et la servitude comme constituée purement et simplement. (L. 4, pr. de servit. Dig. VIII, 1). Toutefois, après l'arrivée du terme ou de la condition, le propriétaire du fonds dominant ne pourrait plus intenter avec succès l'action confessoire de cette servitude, car le défendeur lui opposerait l'exception de dol ou de pacte, suivant les cas, de sorte qu'en définitive et grâce à ce remède, le but des parties sera néanmoins atteint. (L. 56, § 4. De Verb. oblig. Dig. XLV, 1). C'est encore ce même caractère de perpétuité du droit de propriété qui viendrait s'opposer à l'insertion de notre pacte dans une tradition de choses *nec mancipi*.

Les autres restrictions proviennent de ce que la forme employée pour réaliser le transport de propriété ou la constitution de droit réel, objet de la dation, répugne à la convention contenue dans le pacte. Et par exemple seraient nuls pour cette cause et le pacte qui apposerait un terme ou une condition expresse dans la *mancipation* où l'*in jure cessio* (L. 77, de Reg. juris. Dig. IV, 17), et celui qui, dans une tradition, retiendrait par

déduction une servitude, prédale ou personnelle, au profit de l'aliénateur.

L'on sait en effet que la *mancipation* et l'*in jure cessio*, dits *Actus Legitimi*, ne peuvent recevoir aucune condition expresse, et que, d'un autre côté, l'usufruit et les servitudes prédales, qui sont des créations du droit civil, ne peuvent se constituer par la tradition qui est un mode du droit des gens (§ 47, Frag. Vatic). « *Civile enim actione constitui potest, non traditione, quæ juris gentium est.* »

2^{ent} Pactes qui augmentent les effets naturels de la dation, par la création d'une obligation corrélatrice à la charge de l'*accipiens*.

Nous allons ici distinguer, pour déterminer la valeur d'un tel pacte, suivant que l'obligation qu'il a pour objet de créer consiste simplement dans la restitution par l'*accipiens* de la chose par lui reçue, ou que cette obligation consiste dans la dation par l'*accipiens* d'une chose autre que celle qu'il a reçue, ou dans l'accomplissement d'un fait.

A. Si l'*accipiens* ne s'engage qu'à restituer la chose qu'il a reçue, dans un tel ou tel cas donné, il sera valablement obligé à cette restitution et cela tient à ce que son obligation a pour mesure exacte le contenu même de la dation. Dans ce cas, la chose n'a été transférée en propriété que sous la condition qu'elle devrait être restituée dans tel cas indiqué. Si donc ce cas se réalise, la dation n'aura pas eu de cause ou n'en a plus, et le principe, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, soumet l'*accipiens* à une *condictio sine causâ*, par laquelle il pourra être contraint à restituer. C'est donc dans l'unique but d'empêcher un enrichissement sans cause de l'*accipiens* que son obligation de restituer se trouve ici sanctionnée. La donation à cause de mort et la constitution de dot faite avant le mariage nous offrent deux exemples de ces pactes taci-

tement adjoints à la dation ; l'objet du don doit être restitué en cas de prédécès du donataire, dans le premier cas et en cas de non réalisation du mariage dans le second. Dans ces deux cas le pacte est tacite et ressort de la nature même des dations auxquelles il accède. Mais il peut aussi être exprès et formel ; par exemple, le constituant convient que la dot lui sera restituée après la dissolution du mariage (L. I, C. de Pact. Conv. tam. sup. det. V. 14). C'est encore ici la *condictio sine causâ* qui sanctionnera l'obligation de restituer qui pèse sur l'*accipiens*.

Si l'on compare aux opérations qui précèdent le contrat de *mutuum*, on remarque entre elles et lui une analogie complète. Dans les deux cas, en effet, il y a une *Res*, un fait matériel, et, dans les deux cas également, l'obligation qui naît pour l'*accipiens* de restituer ce qu'il a reçu, est absolument adéquate au contenu de cette *Res*. Pourquoi donc, malgré cette similitude parfaite, le droit romain a-t-il classé le *mutuum* parmi les contrats formés *Re* et ne l'a-t-il pas fait pour les dations qui nous occupent ?

C'est que, dans le *mutuum*, le but principal est toujours de faire naître, à la charge de l'emprunteur, l'obligation de restituer, qui est de la nature même de cet acte. Dans la donation à cause de mort et dans la constitution de dot, au contraire, la restitution que devra accomplir l'*accipiens* est soumise à une éventualité possible, mais à laquelle les parties ne se sont pas arrêtées principalement et même qu'à vrai dire elles ont plutôt repoussée de leur pensée, surtout si le pacte est tacite. Ce qui surtout, dans ces cas, a déterminé la dation, c'est l'esprit de libéralité. Ç'a été là le seul but de la dation, et comme, si l'hypothèse de la restitution se réalisait, les principes généraux fournissaient au *tradens* la *condictio sine causâ* qui donnait satisfaction à la volonté des parties, on comprend bien que les Romains,

avares des contrats nommés, n'aient pas élevé à la qualité de contrats toute cette catégorie de dations accompagnées de pactes. Quoiqu'il en soit, et bien que cette *condictio sine causâ* donnât jusqu'à un certain point satisfaction à la volonté des parties, cette sanction de l'obligation de l'*accipiens* était encore bien imparfaite ; car la *condictio* est une action de droit strict, exclusivement unilatérale, limitée dans son effet à la chose telle qu'elle se trouve aux mains de l'*accipiens* au moment où elle est intentée, et elle ne permet pas de tenir compte des obligations réciproques qui peuvent naître accessoirement à la dation et, en conséquence de cette dation, soit à la charge du *cedens*, soit à celle de l'*accipiens*. Le *tradens*, par exemple, ne pouvait pas, par la *condictio*, demander compte à l'*accipiens* de ses négligences relativement à l'objet de la dation ; il en était réduit, pour cela, aux ressources du droit commun, à l'action *de dolo*, ou, à défaut de dol, à une action *in factum*. D'autre part, l'*accipiens* se trouvait réduit, pour recouvrer ses impenses utiles ou nécessaires, au moyen de l'exception de dol. C'étaient là de graves inconvénients. Nous savons bien que la pratique s'était établie d'adjoindre à ces dations un pacte dit de *Fiducie*, qui formait un véritable contrat produisant deux actions, l'une *directa* et l'autre *contraria fiduciæ*, qui paraient aux inconvénients signalés. Mais outre que le pacte de *Fiducie* ne pouvait s'adjoindre qu'à une *mancipation* ou à une *in jure cessio*, mais non pas à une *tradition*, ce pacte était une complication et une cause de lenteurs. Un progrès était indispensable, qui fut réalisé sinon pour tous les cas, du moins pour leur plus grand nombre, par la création des *contrats innomés* et l'introduction de leur droit sanctionnateur, l'action *præscriptis verbis* (1).

(1) Par exemple, pour la donation à cause de mort, l'action *præscriptis verbis* ne semble pas avoir été admise.

B. Soit maintenant une dation en retour de laquelle l'*accipiens* s'oblige, soit à transférer en propriété une chose autre que celle par lui reçue, soit à exécuter un fait. Cette prestation qui incombe à l'*accipiens* s'appelle *Res* et l'opération devient une *Datio ob rem*. C'est un transfert de droit réel fait dans le but d'obtenir de l'*accipiens* un équivalent. L'opération, dans son ensemble, est synallagmatique. Ce sera là la source de nombreux contrats innomés. Il est facile de voir à priori que la dation qui nous occupe ne devait produire aucune action pour permettre au *tradens* de poursuivre l'exécution de l'obligation incombant à l'*accipiens*. Il n'en est plus de même ici que dans le cas précédent où, grâce à la *condictio sine causâ*, la volonté des parties était, sinon complètement, du moins satisfaite dans une assez large mesure. Ici, elle ne le sera jamais; car le *tradens* n'a pas d'action pour forcer l'*accipiens* à exécuter son engagement; et cela tient à ce que l'objet de l'obligation de l'*accipiens* n'est nullement adéquat à celui de la dation, de laquelle on voudrait la faire provenir. Les textes viennent confirmer ce résultat du raisonnement. Celsus, en effet, à l'époque où Ariston formulait la théorie des contrats innomés, c'est-à-dire au commencement du second siècle de Jésus-Christ, combattait vivement cette tentative, même en ce qui concerne l'effet obligatoire des pactes adjoints à une dation (L. 7, § 2, de Pact. Dig. II, 14). C'est aussi parce que la *datio ob rem* ne produisait pas d'action, que dans la donation *sub modo*, le donateur était dépourvu de tout moyen direct pour forcer le donataire à exécuter le *modus*. Il ne le pouvait qu'indirectement, par une action dite *condictio ob rem dati*, ayant pour but la restitution de la chose donnée. Aussi bien, est-ce cette action appelée aussi *condictio causâ datâ*, *causâ non secutâ*, qui seul compète au *tradens*. Elle est uniquement fondée sur ce

principe que nul ne doit s'enrichir sans cause au détriment d'autrui (L. 65, § 4, Dig. de Conduct. indebiti, XII, 6). C'est, au fond, la même que celle que nous avons constatée dans le cas précédent ; mais, tandis que là elle atteignait son but et garantissait l'exécution de la volonté des parties, ici elle ne satisfait nullement cette volonté ; car elle ne procure pas l'exécution du pacte adjoint à la dation : l'*accipiens* est bien obligé, mais il ne l'est pas à la prestation qui avait déterminé la volonté des parties ; elle est renfermée dans les limites de la première dation dont elle émane ; l'*accipiens* n'est pas obligé à la *Res* ; il ne l'est qu'à la restitution de l'objet de la dation. Son obligation est soumise à la condition : *s'il ne veut pas ou s'il ne peut pas exécuter la convention*. Il en résulte que si la *Res* que doit fournir l'*accipiens* périt par cas fortuit, il ne sera pas libéré, parce que ce n'était pas là l'objet de son obligation ; et comme dès lors il ne peut plus la fournir, puisqu'elle est perie, la condition de son obligation se réalise. Que si, au contraire, c'est l'objet de la dation qui périt par cas fortuit, la règle : *debitor interitu rei debitæ liberatur* le rendrait indemne de toute poursuite (L. 4, C. De Dol. malo. II, 21). On voit combien cette *condictio* répondait peu au but poursuivi par les parties. Plus encore que la *condictio sine causâ* du premier cas, elle était insuffisante, car, outre les inconvénients déjà signalés au sujet de cette dernière, à savoir qu'elle était une action de droit strict, inefficace à sanctionner les obligations réciproques des parties, elle ne donnait pas même à leur volonté la quasi-satisfaction que lui procurait la première, puisqu'elle n'avait pas pour objet l'exécution de l'obligation imposée à l'*accipiens* par la convention, et était impuissante à procurer au *tradens* la réparation du préjudice que lui causait l'inexécution de la part du débiteur. Le seul remède ici encore, on l'a vu, était tiré du droit commun.

C'était l'action *de dolo* qui, hors le cas de perte fortuite de l'objet de la dation, compétait au tradens, outre la *condictio ob rem dati*. Cette action, grâce à son caractère arbitraire, pouvait contraindre moralement l'*accipiens* à exécuter la convention pour échapper à l'infamie qu'entraînait la condamnation, et, dans tous les cas, assurait la réparation du préjudice causé par l'inexécution. A ce point de vue elle jouait, dans les conventions qui nous occupent, le rôle que joua plus tard l'action *præscriptis verbis* dans les contrats innomés, comme la *condictio ob rem dati* avait ici un rôle de résolution identique à celui qu'elle conserva après la reconnaissance de ces contrats. Nous trouvons donc ici, en germe au moins, en ce qui concerne l'action qui tend à l'exécution du pacte ou à la réparation du préjudice causé par l'inexécution, les deux actions de ces contrats innomés. Malgré cela, un progrès était désirable, indispensable même. D'une part, en effet, l'aliénateur ne pouvait être tenu d'aucune obligation réciproque, sauf toujours celles résultant de son dol, et, d'autre part, l'action *de dolo* était annale et intransmissible passivement. Ce progrès fut accompli plus tard. Il fut l'œuvre des Jurisconsultes qui édifièrent la théorie des contrats innomés.

CHAPITRE IV

Pactes adjoints à un fait

Nous ne nous occuperons ici encore que des pactes adjoints *in continenti* à un fait, les pactes adjoint *ex intervallo* produisant ici comme ailleurs les effets ordinaires de ces sortes de pactes.

Nous distinguerons suivant que le pacte est adjoint à un acte juridique tel qu'une acceptilation, une stipulation, ou suivant qu'il est adjoint à un acte non juridique.

¹^{er} Pactes adjoints à un acte juridique :

De même que dans la *datio ob rem*, le pacte n'engendrait aucune action pour forcer à exécuter son obligation, la partie à l'avantage de laquelle le fait avait été accompli. Mais si le fait exécuté par une partie avait été pour l'autre une cause d'enrichissement, la partie qui avait accompli le fait avait toujours, d'après les principes du droit commun, une *condictio sine causâ* pour faire rentrer dans son patrimoine l'enrichissement injustement acquis par son adversaire. C'est ainsi que la *condictio* était certainement admise, lorsque le fait exécuté en vertu de la convention consistait en une *promesse verbale* (L. 1. § 2 et 3. Dig. XII. 7). Il devait en être de même quand le fait accompli consistait en une *acceptilation*. Cela nous paraît certain pour la fin de l'époque classique où l'*acceptilation* était

presque toujours assimilée par les Jurisconsultes à une *dation* (L. L. 4 et 10. Dig. XII. 4). Mais plus anciennement la *condictio* ne paraît pas avoir été admise pour revenir sur une *acceptitation*. La loi (4. C. de Trans. II. 4) semble l'indiquer.

Cette *condictio*, du moment qu'elle était accordée, constituait sans doute une sanction. Mais ici encore elle était insuffisante.

2^{ent} Pactes adjoints à un fait non juridique :

En ce qui concerne ces pactes, il pouvait arriver parfois que le droit commun fournît à l'auteur du fait un moyen de revenir sur sa prestation. Il en était ainsi notamment quand le fait consistait dans la *remise matérielle* d'une chose (L. 17. §3. Dig. XIX. 5.). Vous avez un bœuf et moi aussi. Nous convenons que nous nous prêterons alternativement notre bœuf pour effectuer nos labours ; si je mets à exécution la convention en vous prêtant mon bœuf, et que d'un autre côté vous n'exécutiez pas votre obligation, je pourrai le revendiquer. Mais il me faut alors prouver ma propriété, et, si j'y parviens et que je rentre en possession de ma chose, il restera encore le préjudice que me cause votre mauvaise foi. La loi 19, au même titre, nous en offre un autre exemple. Vous me demandez à contracter un emprunt. N'ayant pas d'argent, je vous remets un objet pour le vendre et en conserver le prix à titre de prêt. Mais vous ne vendez pas cet objet, ou l'ayant vendu, vous ne voulez plus emprunter. Je pourrai encore revendiquer. (V^o aussi Lois 20, 22 au même titre.) Mais il n'en est pas toujours ainsi, et le fait par lequel j'ai exécuté la convention intervenue entre nous peut ne pas consister dans la *remise matérielle* d'une chose *corporelle*. Si ce fait est susceptible d'une *appréciation pécuniaire* et qu'il vous ait d'ailleurs *enrichi*, je pourrai, du moins dans le dernier état du droit, détruire dans votre patrimoine cet enrichissement *sans*

cause (L. 26. § 12. Dig. XII. 6). Mais le fait que j'ai exécuté peut ne pas vous avoir enrichi ; il s'agit, par exemple de démarches que j'ai faites ou de frais que j'ai exposés pour vous, sans cependant que le but que vous vous proposiez ait été atteint. Ici je n'ai pas le secours de la *condictio sine causâ* et cependant je supporte une perte. Comment m'indemniserai-je du préjudice que me fait éprouver l'inexécution de votre obligation ? J'aurai bien l'action *de dol* qui pourra me fournir la réparation de ce préjudice, mais l'on sait les inconvénients de cette action. Ici encore, il était indispensable de faire respecter la bonne foi qui doit présider aux conventions. La convention étant synallagmatique, il fallait que la bonne foi gouvernât les rapports qui en naissaient entre les parties et qu'une action y garantît également les obligations réciproques qui en résultaient à leur charge. Il fallait, en un mot, que les conventions bilatérales fussent reconnues *obligatoires* dans certaines conditions, avec toute l'ampleur que comporte la bonne foi. Elles le devinrent au commencement du second siècle, grâce à une conception plus philosophique de la *cause* des obligations. Ceci nous amène à l'étude des *contrats innomés*. C'est ici la dernière phase de l'évolution de la force obligatoire des Pactes.

CHAPITRE V

Théorie générale des contrats innomés

SECTION I

*De la nature des contrats innomés ; de la portée des mots Dare et
Facere en cette matière*

De tout ce que nous avons dit jusqu'ici sur les pactes, il ressort que l'antique règle du vieux droit civil : « *Ex nudo pacto actio neque nascitur neque tollitur* » était restée presque intacte. La communication aux pactes adjoints in continenti de la force des contrats de bonne foi qui les contenaient, avait toujours eu lieu et n'avait rien de contraire à ce principe. En ce qui concerne le *mutuum*, un certain nombre de pactes, qui résultaient de la nature intime de ce contrat, avaient été également reconnus de tout temps. Ils étaient contemporains de la règle et n'y contredisaient pas. C'est seulement en ce qui touche les pactes adjoints aux contrats *de droit strict* qu'apparaît une dérogation à la règle. C'était la participation enfin reconnue à la force du contrat, des pactes *ad augendam vel minuendam obligationem* adjoints à la *stipulation* et des pactes *ad augendam obligationem* adjoints à un *mutuum*. Parmi ces derniers, nous avons vu que la jurisprudence avait admis

le pacte qui établit la *corréalité* entre plusieurs emprunteurs et celui qui donne l'action en restitution à un tiers qui n'est pas propriétaire des deniers prêtés, ni instruit du prêt. Et encore cette dérogation n'était-elle pas bien profonde : le principe avait seulement fléchi, il était encore solide. Si en effet le consentement, dans ces différents cas, engendrait une action, c'était beaucoup moins par lui-même et par sa propre vertu que par la puissance obligatoire des causes sur lesquelles il s'appuyait. Ainsi envisagés, on pourrait même dire que ces progrès constituaient bien moins une exception au principe, qu'une conséquence même du principe. Quant aux pactes adjoints *ex intervallo*, soit aux contrats, soit aux donations, soit aux faits, ils n'entamaient en rien le principe, puisqu'ils n'étaient jamais sanctionnés que par voie d'*exception*.

La véritable atteinte au vieil esprit du droit romain fut portée par l'institution des *contrats innomés*. Et encore allons-nous constater avec quel respect la jurisprudence porta la main sur le principe. Elle ne le renverse pas, à vrai dire, et ne le heurte pas de front; elle n'use pas dans son innovation de procédés violents; elle s'efforce d'accommoder au contraire le plus possible son perfectionnement aux idées anciennes et de les prendre pour guide. Elle procède par voie d'assimilation au droit ancien dont elle s'inspire. Ce n'est pas en effet au consentement tout seul qu'elle va reconnaître la force de lier les parties; cette puissance d'obliger, elle la trouve dans un *acte matériel*, juridique ou non, qui soutient le consentement, et dans lequel elle voit une variété des causes génératrices des contrats reconnus par le droit civil. Et l'on pourrait dire ici avec assez de justesse, en empruntant l'expression de Gaius dans ses *Res quotidianæ* (L. 1, pr. de Oblig. et Act., Dig. XLIV, 7) : que ces causes nouvelles d'obligations sont des

variæ causarum figuræ, des copies des causes obligatoires du droit civil. Le pacte, suivi d'exécution de la part de l'une des parties, va se trouver pourvu d'une cause d'obligation, et cela parce que « *causâ subest* », dit Ulpien (L. 7, § 2, de Pactis, Dig.), parce qu'une cause juridiquement suffisante va soutenir l'accord des volontés. Et remarquons-le bien, c'est seulement l'exécution unilatérale de la convention qui va donner naissance au lien de droit. Avant toute exécution, la convention reste *nue* et n'oblige pas : *Ex nudo pacto actio non nascitur* : l'ancien principe règne toujours.

Dans le dernier état du droit romain les contrats innomés sont unanimement reconnus et sanctionnés par l'action *præscriptis verbis*. Quelle est la nature d'un tel contrat ? Il est *synallagmatique* comme la convention dont il procède. Sans doute la coexistence des deux obligations, au vrai sens du mot, sera rare, mais elle peut se présenter (L. 19, § 5, de œd. ed., Dig. XXI, 1). Sans doute encore, la convention n'est reconnue comme contrat qu'autant qu'elle est déjà exécutée par l'une des parties, et l'on pourrait dire que le contrat ne naissant que par l'exécution de l'une des obligations, c'est-à-dire en définitive par l'extinction même de cette obligation, le contrat ne crée jamais qu'une seule obligation sanctionnée par son action.

Cette conclusion nous semble cependant erronée. D'une part, en effet, il est impossible d'isoler le contrat du pacte dont il n'est qu'une transformation et à l'accomplissement duquel il tend. Le pacte étant *synallagmatique* a dû communiquer ce caractère au contrat. D'autre part, la convention, dans son ensemble, est gouvernée par la bonne foi. Le *fait matériel* qui en consume l'exécution unilatérale n'est pas comme dans les contrats de droit strict, la mesure exacte et rigoureuse de l'obligation qu'elle fait naître ; elle ne la limite pas et lui sert seulement de support. Sur l'action *præscriptis*

verbis le juge devra tenir compte, cela fait partie de son *Officium* de toutes les obligations corrélatives qui auront pu naître à la charge soit du demandeur, soit du défendeur, à l'occasion de la convention. Il n'y a pas ici la séparation absolue qui caractérise le contrat de droit strict : d'une part une créance sans obligation corrélatrice, de l'autre une obligation sans créance en retour. Le caractère de bonne foi de la convention pénètre le contrat lui-même. C'est dans toute cette matière un principe qui doit toujours dominer.

L'objet des obligations consistant toujours soit dans une *Dation* soit dans un *Fait* (nous ne parlons pas ici des abstentions), la *Res* qui donnera naissance aux contrats innomés, sera toujours ou une dation ou un fait ; il en sera de même de l'obligation mise à la charge de l'*accipiens*. Nous arrivons ainsi à reconnaître quatre combinaisons possibles de contrats innomés, quatre types dont Paul donne les qualifications suivantes : *Do ut des*, *Do ut facias*, *Facio ut des*, *Facio ut facias*. Il y aura donc contrat innomé toutes les fois que nous pourrions ramener l'opération à l'un de ces types, sous cette réserve toutefois, que l'exécution unilatérale ne la transforme pas en un contrat classé déjà par le droit civil. C'est ce qui arriverait si je vous donnais une certaine somme pour que vous me rendissiez propriétaire de tel cheval : il y aurait là une vente.

Le contrat porte le nom générique de *Datum ob rem*. *Datum*, c'est la prestation qui crée le lien de droit, ce qui équivaut à la *Res* des contrats réels et aux *Verba* des stipulations ; *Rem*, c'est l'objet de l'obligation ainsi créée. Le mot *Datum* ici comprend donc les faits aussi bien que le transfert de la propriété ou d'un droit réel. Il en est de même du mot *Res*, sauf dans les deux cas à préciser exactement, ce que nous ferons plus loin. Toutefois, bien que dépassant beaucoup le cercle de la *dation* le domaine de ce *Datum* est moins compréhensif

que celui de la *Datio ob rem*. Et la différence vient de ce que la *Res* de la *Datio ob rem* peut être non seulement une *Datio* ou un *Fait* à exécuter par l'une des parties, mais même tout fait en dehors de sa volonté ; la *Res* est pour la *Datio ob rem* tout but à atteindre, même quand ce but sera complètement indépendant de la volonté de l'une des parties et sera uniquement subordonné soit à la volonté d'un tiers, soit au hasard. Dans ce cas, le but proposé n'étant pas atteint, l'auteur de la dation pourra exercer la *condictio ob rem dati* pour se faire remettre en possession de la chose qu'il a transférée en propriété. Et dans ce cas, c'est-à-dire quand l'exécution de la *Res* ne dépend pas de la volonté de l'acquéreur, nous croyons qu'il n'y a pas vraiment contrat innomé ; car alors, nous semble-t-il, son caractère synallagmatique disparaît en quelque sorte.

La donation *mortis causa* nous offre une application de cette idée. Il faut supposer que le donataire prédécède. Quelle sera l'action qui compétera au donateur pour recouvrer la chose donnée ? Si l'on dit que c'est l'action *præscriptis verbis*, on reconnaît le caractère de contrat innomé à la donation à cause de mort. Nous croyons que cette action ne compétait pas au donateur et qu'il ne pouvait agir que par une *condictio ob rem dati* dérivant du pacte de restitution qui a accompagné la donation. C'est en effet, croyons-nous, ce pacte exprès ou tacite de restitution de la chose donnée, qui seul peut incliner à reconnaître au profit du donateur l'action *præscriptis verbis*. Du moment, peut-on dire, qu'une obligation naît à la charge du donataire ou de ses héritiers, il y a bien coexistence des deux obligations réciproques qui caractérisent le contrat innomé. C'est cette considération, croyons-nous, qui induit en erreur les partisans de l'action *præscriptis verbis*. Sans doute, les héritiers du donataire devront, au cas de son prédécès, restituer la chose donnée. Mais là n'est pas le but principal de la

donation, la fin qui l'a inspirée. Son but, c'est une libéralité sous la condition du prédécès du donateur. Or cette condition est en dehors de la volonté de ceux sur lesquels pèsera plus tard l'obligation de restituer. La donation à cause de mort n'a pas le caractère vraiment *synallagmatique* qui caractérise les contrats innomés: c'est pourquoi nous pensons que l'obligation de restituer n'est sanctionnée que par une *condictio ob rem dati*. Que si l'on objectait que le pacte résolutoire inséré dans la vente au profit du vendeur trouve sa sanction dans l'action *præscriptis verbis*, nous répondrions d'une part que, l'application de cette action au pacte résolutoire n'a pas été admise sans résistance et que d'autre part la différence est grande entre ce cas et celui que nous débattons ici. Dans la vente en effet, la possibilité de la réalisation de l'hypothèse en vue de laquelle le pacte a été convenu, est loin d'être aussi éventuelle et aussi en dehors des prévisions des parties, que cela a lieu pour la donation à cause de mort. Le non-paiement du prix de vente s'est présenté à l'esprit des parties d'une manière aussi principale que le paiement lui-même. Le contrat est *synallagmatique* à tous égards, et l'obligation de restituer, qui incombe à l'acheteur au cas de non-paiement, n'est qu'une sanction de son obligation essentielle de payer le prix. On pourrait peut-être objecter aussi que dans la *Constitution de dot*, quand la dot était *Receptitia*, le constituant avait pour la restitution l'action *præscriptis verbis* (L. 1, § 13, C. de Rei uxoriæ, V. 13). Mais ici comme dans le cas de résolution de la vente et à la différence de ce qui a lieu pour la donation mortis causâ, il est certain que dès le moment de la convention, les parties ont eu l'intention de faire naître l'obligation de restituer, et cela d'une manière principale.

A ces considérations on oppose certains textes d'où l'on prétend tirer la reconnaissance au profit du dona-

teur de l'action *præscriptis verbis*. Nous ne les croyons pas sans réplique. C'est d'abord la loi 18, § 1 (de Mortis causâ donat, Dig. XXXIX, 6), qu'on allègue à l'appui de cette opinion. Cette loi, outre la *condictio ob rem dati* reconnaît au donateur une action *in factum*. Or cette expression d'action *in factum* n'est pas, nous le verrons, synonyme d'action *præscriptis verbis*. Et d'autre part, si l'on admettait que l'hypothèse de Julien pût être considérée comme contrat innomé, elle serait du type *facio ut des*. Or dans ce cas, Julien n'admettait pas cette action *præscriptis verbis* (L. 7, § 2, Dig. de Pact.). Le second texte dont on se réclame est d'Ulpien; c'est la loi 30 au même titre. Il accorde tout à la fois au donateur une *condictio* et une action *utilis*; or une telle expression n'équivaut nullement ici encore à l'action *præscriptis verbis*, et il est très probable que, par l'expression *utilis*, Ulpien a voulu désigner l'action utile en revendication qu'il essayait timidement de faire accorder au donateur, contre les principes admis de son temps, sur l'impossibilité de la résolution de plein droit de la translation de propriété.

Reprenons les quatre types de contrats innomés et demandons-nous la valeur exacte des mots *Dare* et *Facere*. *Dare* s'entend non-seulement du transport de la propriété et de la constitution des droits réels qui ont leur source dans le droit civil, mais encore du transfert des droits réels d'origine prétorienne, et quelle que soit la forme, civile ou prétorienne, employée pour les constituer. Quant au mot *Facere*, il comprend non-seulement les actes juridiques, acceptilation, stipulation, etc.; mais encore tout fait non juridique, susceptible d'être apprécié exactement en argent. Le sens du mot est ici bien plus large, on le voit, que dans la matière du louage où le fait qu'il vise doit nécessairement s'appliquer à une chose *corporelle*; il est même plus compréhensif que celui que revêt ce

mot dans la matière du mandat, qui ne peut avoir pour objet que des actes *d'administration*, dans le sens le plus large de l'expression. C'est ainsi que si j'entreprends un voyage pour aller prendre des nouvelles d'un de vos parents habitant un pays lointain, et dont vous ignorez le sort, il n'y a pas là matière à *mandat*, mais bien matière à contrat innomé si, en retour, vous me promettez de me fournir une prestation quelconque. Toutefois, quelque compréhensive que soit la portée du mot *Facere* dans notre matière, elle ne va pas jusqu'à embrasser les simples faits *professionnels* dont la rémunération peut seulement être poursuivie *extra ordinem*; cela tient précisément à ce que les Romains ne les considéraient pas comme *pécuniairement appréciables*. Le mot *Facere* ne comprend pas non plus le *pacte de remise* qui ne peut, nous l'avons vu, engendrer qu'une exception; en faire la cause génératrice d'un contrat innomé serait lui faire produire *ipso jure* une action.

SECTION II

Besoins auxquels répondait la création des contrats innomés

Ce que nous avons dit, tant sur l'insuffisance des moyens qui compétaient à l'auteur d'une dation ou d'un fait, pour obtenir l'*exécution* de la convention, que sur la complication des moyens permettant, sous l'empire du droit civil, de tenir compte d'une *obligation* à la charge de la partie qui a exécuté, ou des *négligences* de l'autre partie relativement à la chose donnée, nous permettra d'être bref. Sans doute,

dans l'ancien droit, les deux parties n'étaient pas complètement à la merci l'une de l'autre. L'aliénateur ou l'auteur du fait pouvait, par l'action *de dol* intimider l'*accipiens* et le contraindre ainsi à l'exécution de son obligation ; il pouvait encore, grâce à cette action, se faire indemniser du préjudice que lui causait l'inexécution de son adversaire, ou lui demander réparation de son *dol* ou de sa *faute*, quand l'objet par lui reçu avait péri entre ses mains. Sans doute aussi, par l'*exception de dol* opposée à la *condictio* de l'auteur du fait ou de la dation, l'*accipiens* pouvait faire entrer en ligne de compte les *impenses nécessaires ou utiles* qu'il avait faites à l'occasion de la convention et obtenir, soit son renvoi de la poursuite, soit une condamnation moindre. Mais il fallait que l'exception fût insérée dans la formule. De tout cela résulte l'utilité de la reconnaissance de la force obligatoire aux conventions unilatéralement exécutées et de la sanction des obligations qui en dérivent par une *action spéciale*, dans le jugement de laquelle le juge pût prendre en considération toutes les conséquences de la bonne foi « *ut fides placiti servetur* » (L. 4. C. IV, 64).

SECTION III

Origine des contrats innomés. Développement successif de leur théorie

Ce n'est pas d'une seule fois et en bloc que naquit la théorie des contrats innommés. Elle fut l'œuvre de la jurisprudence qui l'élabora lentement. C'est, avons-nous dit, par imitation du droit civil et prétorien que se

constitua cette théorie, grâce à la reconnaissance d'une *cause juridique* suffisante, comme support du consentement, dans les conventions synallagmatiques déjà exécutées *unilatéralement*. Par la nature même des choses, cette assimilation à une cause déjà reconnue par le droit civil se manifesta tout d'abord pour les *dations*. Dès le commencement du second siècle de Jésus-Christ, le Jurisconsulte Ariston posait dans la loi 7, § 2 (Dig. de Pact.), le principe et la formule des contrats innomés, pour les types *do ut des* et *do ut facias*. La dation constituant un acte juridique, on devait être facilement amené à la considérer comme capable de donner naissance à une obligation. « *causa subest* », dit Ariston. D'ailleurs, cette même dation, nous l'avons vu, n'était pas complètement dépourvue d'effet obligatoire, puisqu'elle engendrait une *condictio ob rem dati*, et il suffisait, pour lui donner la force génératrice de la *Res* qui forme les contrats réels, d'une légère déformation du droit civil, consistant à ne pas limiter exactement au contenu même de la *Res*, l'obligation qui lui est corrélatrice. En ce qui concerne les *faits juridiques*, tels que l'*acceptilation*, dont la loi détermine exactement les formes, les conditions et les effets, il n'y avait pas de raison pour que l'assimilation ne se produisît pas pour eux, comme pour la dation, et qu'on n'arrivât pas à voir en eux des causes obligatoires suffisantes. Nous connaissons la tendance des Jurisconsultes à voir l'*acceptilation* du même oeil que la *dation*. Malgré ces considérations, l'*acceptilation* n'entra pas dans la théorie primitive des contrats innomés ; elle n'eut d'autre résultat que de donner naissance à une *condictio sine causâ* ; peut-être cette inefficacité de l'*acceptilation* tenait-elle à son caractère extinctif. Déliaut les liens juridiques et étant à ce point de vue en quelque sorte le contraire d'un contrat, les Romains durent résister à l'idée de lui faire produire

une obligation qui ne peut être que l'œuvre d'un contrat.

Parmi les *faits non juridiques*, les uns avaient quelque ressemblance avec la cause génératrice de certains contrats nommés ; ceux par exemple qui consistaient en une *remise matérielle*. Pourquoi ne pas les assimiler aux contrats réels formés par une *nuda traditio*, tels que le gage, le commodat, le dépôt ? Une bonne raison n'apparaît pas de l'inefficacité originaire de ces faits. Aussi bien, furent-ils assez rapidement et sans grande difficulté, admis parmi les causes des contrats innomés, sous la forme *facio ut facias*.

Les autres faits non juridiques, ne pouvaient eux, être assimilés à aucune cause connue d'obligation dans le droit civil. Toutefois, si de ce côté l'assimilation était impossible, nous savons que le remède prétorien de l'action *de dolo* sanctionnait subsidiairement toute convention. Partant de là, les Jurisconsultes devaient facilement être conduits à reconnaître à ces faits la force obligatoire. C'est ce qui eut lieu, nous venons de le dire, pour la forme *facio ut facias*.

Mais une résistance beaucoup plus vive s'opposa longtemps à l'introduction du contrat de la forme *facio ut des* ; et au commencement du III^e siècle le fait juridique ou non n'avait pas, dans une convention, la vertu d'obliger l'une des parties à faire une translation de propriété ou de droit réel. Seule, l'action *de dolo* venait au secours de l'auteur du fait, pour l'indemniser du préjudice que lui causait l'inexécution de la part de son adversaire. Et cet état de chose subsista longtemps encore. Paul, qui vivait au III^e siècle, nous l'indique comme régnant encore de son temps, sans lui assigner d'ailleurs aucun motif. (L. 5. § 3 de Præsc. Verb. Dig. XIX 5.) et la loi 4 (C. de dolo malo, II. 21) en manifeste encore l'existence au IV^e siècle. Il est difficile de préciser la raison d'une telle exclusion. Peut-être les

Romains, qui avaient déjà éprouvé quelque peine, quand il s'agissait de reconnaître à la *dation* qui est un acte *juridique* et qui d'ailleurs était déjà la cause du *mutuum*, la vertu d'engendrer l'obligation de faire, ne purent-ils longtemps admettre cette idée qu'un simple fait, la plupart du temps *non juridique*, pût produire l'obligation d'exécuter une *dation*, acte essentiellement *juridique* ; d'autant plus que la cause du droit civil, à savoir la *nuda traditio* des trois contrats réels de gage, de commodat et de dépôt, à laquelle seule le simple fait pouvait parfois être assimilé, ne produisait pas l'obligation de donner dans ces contrats, tandis qu'ici le simple fait consistant en une *nuda traditio*, devait avoir cette puissance, si l'on admettait la forme *facio ut des*. A plus forte raison, et pour la masse des autres faits qui ne consistaient pas en une *nuda traditio*, les idées romaines devaient-elles être hostiles à leur reconnaissance, comme principe générateur d'une obligation de donner. Cette explication ne saurait sans doute s'appliquer exactement aux faits qui sont des actes juridiques tels que l'*acceptilatio* ou la *manumissio*. Aussi n'est-ce là qu'une conjecture. Peut-être aussi pourrait-on dire, comme Ortolan, que la forme *facio ut des*, livrant à la discrétion de son adversaire l'auteur du fait dès lors irrévocable, un manquement à la bonne foi y est bien plus répréhensible que dans la forme *facio ut facies*, dans laquelle les deux parties sont sur le même pied, et où l'une ou l'autre peut commencer à exécuter ; ce n'était pas trop, pour punir un tel abus, de toutes les rigueurs de l'action *de dolo*, qui emportait infamie contre le débiteur condamné. Quelles que fussent les raisons qui s'opposèrent ainsi longtemps à l'accès de la forme *facio ut des* dans la catégorie des contrats innomés, comme au fond il n'y avait pas de motif vraiment plausible de cette exclusion, on finit par l'admettre dans le dernier état du droit.

Déjà même, au temps d'Ulpien, un revirement commençait à s'opérer en faveur de l'efficacité de la convention *facio ut des*. La loi 7, § 2 (Dig. de Pact.) nous en fournit la preuve. Je vous ai transféré en propriété l'esclave Stichus pour que vous affranchissiez Pamphile. Vous exécutez votre obligation et puis vous êtes évincé. Je n'ai donc pas exécuté mon obligation, tandis que vous, vous avez exécuté la vôtre. Or ici, la prestation la première exécutée, celle qui a donné naissance au contrat, si d'ailleurs on admet qu'il y ait contrat innomé, c'est le fait de la *manumissio* de Pamphile; le contrat est du type *facio ut des*. Eh bien! Ulpien et Mauricianus, d'après Ulpien, donnent l'action *præscriptis verbis* à la partie qui a affranchi Pamphile. C'est donc reconnaître l'existence d'un contrat innomé de la forme *facio ut des*. Dans un autre texte, (L. 15 de Præs. Verb. Dig.), Ulpien reconnaît encore l'existence d'un contrat dans la convention *facio ut des*, où le fait exécuté n'est nullement juridique, puisqu'il consiste dans la simple révélation du lieu de refuge d'un esclave fugitif. Il donne pour motif de sa décision que la convention n'est pas *nue*, puisqu'elle s'appuie sur un *fait*. Enfin un rescrit d'Alexandre Sévère de l'an 230, (L. 6 de Trans, II, 4) consacre le contrat *facio ut des*. Ainsi donc, au III^e siècle, il y avait deux courants d'opinions, l'un favorable, l'autre hostile à la reconnaissance de ce contrat. Il faut aller plus loin et dire que dans son dernier état le droit romain a sanctionné la forme *facio ut des*. La théorie fut alors complète. La meilleure raison de ce perfectionnement dernier à la théorie des pactes est le motif même que donne Ulpien dans la loi 15 (de Præs. Verb. Dig.), à savoir qu'une convention n'est plus *nue* quand elle est soutenue par un *fait*. D'ailleurs il existe un texte, la loi 5 (§ 2, in fine, de Præs. Verb. Dig.), qui donne l'action *præscriptis verbis* au contrat *facio ut des*. — Ce

texte est de Paul, mais il a été remanié par Justinien qui y a ajouté après les mots *in factum*, le mot *civilem*. La comparaison de ce passage avec la loi 7, § 2 (de Pact. Dig.) démontre cette addition. L'espèce sur laquelle Paul discute dans la loi 5, § 2, in fine, est précisément celle dont parle Ulpien dans la loi 7, § 2, au titre de Pactis. Or, tandis qu'Ulpien et Mauricianus accordent, dans la loi 7, § 2, au maître de Pamphile l'action *præscriptis verbis*, pour demander compte à son adversaire de l'éviction dont il a souffert, il résulte de cette loi que Julien ne lui accorde qu'une action *in factum*, subsidiaire de celle de dol. Dans la loi 5, § 2, in fine, Paul dit que Julien accorde, suivant la bonne ou la mauvaise foi du propriétaire de Stichus, une action *in factum* ou l'action *de dolo*. Cette action *in factum* est la même que celle dont parle la loi 7, § 2, de Pactis. Et Justinien, pour mettre le texte de Paul en harmonie avec le droit suivi de son temps, corrige ce texte en y ajoutant le mot : *civilem* après les expressions : *in factum*. Cette correction est sans doute mal venue, puisque l'action *præscriptis verbis* n'est pas une action *in factum* ; mais l'addition de ce mot *civilem* n'en montre pas moins d'une façon manifeste que la pensée de Justinien est de constater l'existence à son époque du contrat *facio ut des*.

SECTION IV

Sanction des Contrats innomés

Les contrats innomés avaient, en général du moins, une double sanction : 1^o la *condictio ob rem dati* ou *sine causâ* ; 2^o l'action *præscriptis verbis*. Nous disons en

général, car lorsque la prestation, dont l'exécution avait donné lieu à la naissance du contrat, était un *fait*, il arrivait souvent, à l'origine au moins de la théorie des contrats innomés, si ce fait n'était pas un acte *juridique* tel qu'une stipulation ou une acceptilation, que la seule sanction du contrat innomé ainsi formé fut l'action *præscriptis verbis*, nouvellement reconnue. Plus tard, il est vrai, et dans le dernier état du droit, il suffit que le fait exécuté eût enrichi la personne au profit de laquelle il avait été accompli, pour que la *condictio sine causâ* compétât à son auteur (L. 26, § 12, de cond. indeb. Dig. XII, 6). Or, nombreux sont les faits qui ne sont pas susceptibles de procurer un enrichissement. Ainsi donc, même dans le dernier état du droit, l'action *præscriptis verbis* était la seule au service de l'auteur du fait.

Quoiqu'il en soit, le principe est, à la fin, que les pactes adjoints in continenti à une *dation* ou à un *fait*, sont doublement sanctionnés. Deux actions compètent à l'auteur du fait ou de la dation : la *condictio ob rem dati* ou *sine causâ*, qui fut conservée comme moyen de *résolution*, et l'action *præscriptis verbis*, qui tendit à l'*exécution* du contrat innomé ou à la *réparation* du préjudice causé à la partie qui avait exécuté, par l'inexécution de l'engagement de l'autre. L'auteur du fait ou de la dation eut l'*option* entre ces deux actions. La survivance de l'antique sanction, la *condictio*, n'était pas seulement un effet de la puissance de la tradition et un vestige de l'ancien droit. Les principes de bonne foi auxquels la théorie nouvelle donnait satisfaction, et l'équilibre des situations respectives des parties exigeaient énergiquement son maintien. L'auteur du fait ou de la dation n'a en effet exécuté l'obligation mise à sa charge par la convention, que sous la condition de répéter l'objet de la dation ou l'enrichissement procuré à l'autre partie par l'exécution, si celle-

ci violait la foi due au contrat. Le manque de foi de cette dernière est donc ici considéré comme la condition *résolutoire* du transport de la propriété ou de l'enrichissement causé par la première prestation. C'est là une raison de droit. De plus, la répétition peut être plus avantageuse à celui qui le premier a exécuté, que l'exécution du contrat par l'autre partie. Il peut arriver en effet que la chose donnée ait acquis depuis la tradition une plus-value considérable, ou que la chose due ait subi des détériorations, ou enfin que le fait à exécuter par l'autre contractant ne doive procurer au créancier qu'une valeur minime ou même nulle. (L. 7, de Præs. Verb. Dig.) Dans ce dernier cas, le maintien de la *condictio* était indispensable, et dans les deux autres il était équitable : la partie, qui la première avait exécuté, avait en effet la première suivi la foi de l'autre ; et cette marque de confiance et de bonne volonté dans une matière où la bonne foi domine, devait lui attirer la faveur de l'option. Il y a plus et nous verrons que dans certains cas, spéciaux il est vrai, dans lesquels le pacte ressemble au *mandat* ou se rattache à une intention de *libéralité* non réalisée, l'auteur d'une dation jouit d'un *Jus pœnitendi*, tant que l'autre partie n'a encore rien exécuté, et peut, par une *Condictio*, dite *ex pœnitentiâ*, revenir sur la convention et la rompre.

Le principe de l'*option* pour le créancier est donc certain. Nous déterminerons plus loin à partir de quelle époque il peut l'exercer et jusqu'à quel moment il le peut, en d'autres termes, la période de temps dans laquelle l'option est possible, ou plus précisément encore, le trait de temps dans lequel le créancier peut intenter la *condictio ob rem dati*.

L'action *præscriptis verbis* n'a pas été inventée spécialement pour sanctionner les contrats innomés, du moment qu'ils furent reconnus. Elle leur préexistait et

avait un emploi en quelque sorte supplétif. Elle était donnée dans certains cas où la convention intervenue entre deux personnes, bien que réunissant tous les éléments d'un contrat classé par le droit civil, ne pouvait pas être facilement rangée dans telle ou telle classe de contrats nommés. C'est à Labéon que paraît revenir l'honneur de la découverte de cette action. Il en avait fait l'application dans ces deux hypothèses :

1° Je charge mes marchandises sur un navire qui doit les transporter dans un port indiqué : généralement je serai simplement *locator operis*, mais il peut se faire, surtout si j'ai seul chargé des marchandises sur ce navire, que j'aie pris ce navire à bail, pour le transport de mes marchandises. Dans ce cas, je serai *conductor navis* et l'action qui me compètera sera l'action *conducti*. Or, il peut être souvent impossible de préciser en fait quel contrat j'ai voulu faire ; est-ce une *locatio rei* ou une *locatio operis faciendi*? Dans ces cas, Labéon donnait l'action *præscriptis verbis* (L. 1, § 1 De Præs. Verb. Dig.).

2° Vous me demandez à emprunter de l'argent. J'y consens, mais je n'ai pas d'argent dans ma caisse et je vous remets un objet pour le vendre et en conserver le prix à titre de *Mutuum*. On sait que dans ce cas, et grâce à la fiction d'une tradition *brevi manu* la jurisprudence avait fini par reconnaître que je devenais créancier du remboursement, bien que les deniers versés à l'emprunteur ne fussent pas ma propriété et eussent été comptés par un tiers. Mais deux hypothèses peuvent se présenter une fois que notre convention est intervenue. Ou bien, vous n'avez plus besoin d'argent et vous ne vendez pas la chose que je vous ai remise à cet effet ; mais alors vous devez me la restituer ; ou bien vous l'avez vendue, mais n'ayant plus besoin d'emprunter, vous devez me verser le prix de vente. Quelle est donc la nature du contrat ? Elle est indéfinissable

dès l'abord ; l'événement seul pourra la préciser, et ce pourra être ou un *dépôt* ou un *mandat*. Or ce serait évidemment commettre une *inelegantia juris* que de subordonner à l'événement, la qualification de notre convention. Labéon, ici encore, donne l'action *præscriptis verbis*. On le voit donc, dès avant la consécration des contrats innomés par la jurisprudence, l'action *præscriptis verbis* avait un emploi : elle était donnée à défaut de toute autre action *contractuelle* et était elle-même *contractuelle*.

Labéon avait eu la notion vague des contrats innomés, sans cependant en avoir pu dégager la théorie ; et l'on comprend fort bien ainsi que ses continuateurs aient proposé l'action *præscriptis verbis* comme sanction des contrats innomés au moment, où la théorie de ces contrats s'étant fait jour, il s'agit de savoir de quelle action on les munirait. L'école Sabinienne voulait que, dans chaque cas spécial, on procédât par voie d'assimilation et qu'on donnât au contrat innomé, sous la forme d'action *utile*, l'action du contrat connu dont il se rapprochait le plus. Nous avons vu antérieurement l'application de cette idée aux pactes résolutoires insérés dans la vente. Leur manière d'envisager le contrat innomé d'*Échange*, qu'ils voulaient munir des actions de la vente, en est une seconde application.

Quelle que soit la valeur de chacun de ces systèmes, la controverse fut tranchée en faveur de la doctrine Proculienne ; il suffit, pour s'en convaincre, de comparer Justinien et Gaius dans leurs commentaires. Gaius (C. 3, § 143), discutant sur l'espèce suivante : Je remets à un tailleur mon vêtement pour qu'il le raccommode moyennant un prix convenu, se demande s'il y a *louage* et quelle action doit sanctionner une telle convention. Mais il ne conclut pas. Justinien, au contraire (L. 3, t. XXIV, § 1), décide que cette convention constitue un *contrat innomé* de la forme *facio ut*

des formé par le raccommodage du tailleur et sanctionné par l'action *præscriptis verbis*, quant aux obligations réciproques des parties. La loi 22 (De Præs. Verb. Dig.), qui est de Gaius, est une nouvelle preuve que la doctrine des Sabinieniens sur la sanction des contrats innomés avait été depuis, abandonnée, pour celle des Proculieniens. Dans cette loi il s'agit encore du contrat *facio ut des* conclu entre un tailleur et une personne qui lui a donné son vêtement à raccommoder. Le Jurisconsulte y dit que cette convention donne lieu à une action *in factum* semblable dans ses effets à celle du *louage*. Gaius, en décidant ainsi, restait conforme à la doctrine de son école, qui procédait par assimilation des contrats innomés aux anciens contrats du droit civil. Et si dans cette loi, on lit les mots : *id est præscriptis verbis* après les mots : *in factum iudicium*, c'est que le passage de Gaius rapporté dans ce texte a été remanié par Justinien qui, pour le mettre au courant de la théorie régnant de son temps, les a ajoutés. C'est donc bien l'action *præscriptis verbis* qui a fini par être la véritable et unique sanction des contrats innomés au point de vue de l'exécution de la convention.

Cette action est, avons-nous dit, une action *contractuelle*. Elle est *in jus concepta*. L'addition des mots : *in factum* par lesquels elle est souvent désignée dans les textes, ne doit pas nous induire en erreur. Ces mots *in factum* ne se réfèrent en effet qu'à la *demonstratio* de la formule, non à son *intentio*. Et cette expression même d'action *in factum* provient de ce que les contrats qu'elle sanctionne, n'ayant pas en droit de nom propre, le Prêteur remplace dans la *demonstratio* ce nom technique du contrat qui fait défaut, par l'énoncé détaillé (*præscriptis verbis*) du fait ou de la dation qui sert de cause à ce contrat : « *Actio quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat* » porte une constitution de l'empereur Alexandre (L. 6, C. II, 4).

Quant à l'*intentio*, elle est conçue *in jus* ; elle pose une question de droit civil et ne comporte pas de *Taxatio* : « *Quidquid ob eam rem dare facere oportet.* »

Cette action *præscriptis verbis* est de *bonne foi* car elle émane d'un contrat *synallagmatique* ; l'on sait en effet que les actions de *droit strict* s'appliquent uniquement aux contrats *unilatéraux*. Les mots suivants : « *ut fides placiti tibi servetur* » qui terminent son *intentio* le montrent de reste. Au surplus, les *Institutes* le disent expressément pour les cas d'*Échange* et d'*Æstimatum* (*Institutes*, L. IV, t. VI, § 28) seulement. Mais la loi 2, § 2 (De prec. Dig, XLIII, 26), montre qu'il en était de même pour le *Précaire*. La loi 1 pr. (De Æstim. Dig. XIX, 3) semble bien reconnaître à l'action *præscriptis verbis* ce caractère de bonne foi et dans tous les cas : « *Est enim negotium civile gestum et quidem bonæ fidei* » y est-il dit. A quoi l'on peut enfin ajouter, qu'en ce qui concerne la responsabilité contractuelle, la prestation des fautes, on appliquait aux contrats innomés la théorie relative aux contrats de bonne foi. La *Condemnatio* ainsi conçue : « *Ut damneris mihi quanti interest meâ accipere* » (L. 5, § 1, XIX, 5, Dig.) montre bien que la condamnation devra comprendre l'intérêt qu'avait le demandeur qui a exécuté le pacte à ce que l'autre partie l'exécutât aussi. Cette action est donc celle qui sanctionne l'*exécution* ; c'est une action en *dommages-intérêts*.

Le créancier a deux actions à son service, nous l'avons vu : la *condictio* et l'action *præscriptis verbis*, entre lesquelles il peut opter, sauf toutefois dans le cas où le contrat a pris naissance par un fait qui n'est pas juridique, et qui, d'autre part, n'a procuré aucun enrichissement à l'autre partie. Supposons donc que le contrat soit né ou d'un fait autre que ceux du genre qui vient d'être excepté, ou d'une dation, et qu'en conséquence les deux actions compétent au créancier.

Demandons-nous : 1° A partir de quel moment le créancier peut intenter la *condictio* ; 2° à partir de quel moment il ne le peut plus.

Faisons ici une observation préliminaire qui doit dominer suivant nous la solution de notre double question. Du moment que l'exécution unilatérale de la convention suffit désormais pour donner naissance à un contrat, l'objet direct et unique de l'obligation de la partie qui n'a pas exécuté, c'est la prestation convenue à sa charge. Avant l'innovation des contrats innomés, la dation à laquelle s'adjoignait un pacte ne pouvait engendrer une autre obligation à la charge de l'*accipiens* que celle de restituer l'objet même de la dation, s'il n'exécutait pas, de son côté, la *Res* convenue en retour. Et, pour reprendre l'exemple sur lequel nous avons discuté au sujet de la *datio ob rem*, si je vous donnais Stichus pour que vous me donnassiez Pamphile, l'obligation qui vous incombait n'était pas de livrer Pamphile, c'est-à-dire d'exécuter la *Res* qui était le but de la dation, mais seulement de me restituer Stichus, si vous ne vouliez ou ne pouviez pas exécuter votre engagement de me transférer Pamphile en propriété. Aujourd'hui, au contraire, que le contrat innomé est reconnu, le seul objet de votre obligation est de me donner Pamphile. L'obligation de me restituer Stichus n'est plus principale.

1° A partir de quel moment la partie qui avait exécuté l'obligation dérivant du pacte à son encontre pouvait-elle réclamer, *quasi re non secutâ*, ce qu'elle avait fourni ?

Il résulte de l'observation que nous venons de faire que Stichus ne pourra être réclamé au moyen de *condictio ob rem dati*, tant que l'obligation principale ne sera pas échue, par exemple tant que le terme ne sera pas arrivé, si Pamphile n'est dû qu'à terme, ni tant que la condition ne sera pas réalisée, s'il est dû sous condi-

tion. Mais ce n'est pas tout. Rappelons-nous en effet que la bonne foi doit ici produire tous les effets dont elle est susceptible. Or les parties ont entendu se lier par l'exécution, par l'une d'elles, de l'obligation mise à sa charge; et ce serait aller à l'encontre de cette bonne foi que de permettre à la partie qui la première a exécuté, de rompre le contrat par un simple changement unilatéral de sa volonté, en réclamant toujours et dans tous les cas, la restitution de la chose par lui donnée. La bonne foi exige que le lien de droit, que les parties ont entendu créer entre elles, subsiste et que celle qui a exécuté la première soit tenue de ne pas revenir par pur caprice sur l'exécution de son obligation. Le juge, dans chaque cas particulier, aura à rechercher, sur la *condictio ob rem dati*, s'il y a ou non *Res non secuta* de la part du défendeur, et ne devra condamner celui-ci à la restitution qu'autant qu'il aura reconnu en fait l'existence d'une *Res non secuta*. Et il faudra, pour qu'il y ait *Res non secuta*, que le débiteur ait contrevenu au pacte ou qu'il ait, par sa faute, rendu impossible l'exécution de son obligation. Cette doctrine est incontestable dans le dernier état de la législation romaine, quand la formule de l'action *præscriptis verbis* porte : « *ut fides placiti servetur* ». Mais il n'en fut pas à notre avis toujours ainsi, et nous croyons qu'à l'origine le principe était que la partie qui avait exécuté la première, jouissait dès actuellement de la *condictio ob rem dati* ou *sine causâ*, dans le cas où l'obligation du débiteur n'était subordonnée ni à un terme ni à une condition. Dans le cas contraire, le créancier devait attendre, pour intenter la *condictio*, que le terme ou la condition fussent arrivés. Une seconde exception au principe se rencontrait dans l'hypothèse où l'obligation mise à la charge du débiteur était de ne pas faire; par exemple « *ne ad iudicium iretur*. » (L. 3, pr. Dig. XII, 4). La *condictio* sommeillait tant que le débiteur

ne contrevenait pas à la convention, en sortant de l'abstention qui lui était imposée; *condictio cessat quamdiu non ilur* (L. 3, pr. et § 1, Dig. XII, 4). Dans ces divers cas en effet, ou bien l'obligation du débiteur n'est pas immédiatement exigible, ou bien il l'exécute. La *condictio* n'y a donc pas de lieu. Mais il en était autrement dans tous autres cas, car alors on peut soutenir qu'au début des contrats innomés, et avant qu'ils eussent été complètement pénétrés par la bonne foi, le pacte n'étant pas obligatoire, la partie, qui la première avait exécuté, l'ayant fait spontanément, sans y être contrainte par une nécessité juridique, et dans un pur sentiment de confiance, devait pouvoir se reprendre, et remettre les choses dans leur état antérieur à sa prestation, si l'autre partie ne montrait pas le même empressement et la même confiance qu'elle-même. Cette opinion est assez naturelle, si l'on réfléchit qu'antérieurement la *condictio* était la seule action qui pût naître d'une convention synallagmatique exécutée d'un seul côté, et que l'innovation des contrats innomés eut surtout pour objet de ne pas laisser à la discrétion de son adversaire, la partie qui avait suivi sa foi. D'ailleurs la loi 1 (Pr. XII, 4, Dig.) semble bien exprimer cette opinion que la *condictio* peut être intentée dès le principe et jusqu'à l'exécution de la part du débiteur : « *causâ seculâ repetitio cessat* » y est-il dit. Quoiqu'il en soit, cette sorte de *jus pœnitendi* ne dura pas longtemps et l'on en vint vite à cette idée que le créancier ne pouvait pas revenir sur sa prestation par cela seul que le débiteur n'avait pas immédiatement exécuté la sienne. La loi 5 (§2, 2^{me} phrase, Dig. XIX, 5) qui est de Paul, c'est-à-dire du commencement du III^e siècle, nous montre que, déjà à cette époque, il fallait, pour l'admission de la *condictio*, qu'il y eût violation du contrat au moins dans le cas d'un contrat de la forme *do ut facias*. Mais les lois 5 et 7 (C. IV, 64), qui sont de Dioclétien

et Maximien, et datent par conséquent de la fin du III^e siècle ou du commencement du IV^e, nous en disent autant pour les contrats *do ut des*. Quant aux contrats *facio ut des* et *facio ut facias*, nous n'avons pas de textes, mais les mêmes raisons de décider s'appliquent à eux comme aux contrats des deux premières formes. D'ailleurs, nous le verrons, ce *jus pœnitendi*, dont on veut se prévaloir pour soutenir que le créancier peut toujours exercer la *condictio* tant que l'autre partie n'a pas exécuté, n'était reconnu que dans des cas tout spéciaux où l'idée de *mandat* ou de *générosité* dominait et ne s'appliquait qu'aux contrats de la forme *do ut facias* ;

2° A partir de quel moment la créancier ne peut-il plus agir par la *condicti ob rem dati* ?

Il ne le peut plus, dès que le débiteur a exécuté son obligation, car alors le contrat a produit tous ses effets immédiats : ou encore, dès que l'exécution de l'obligation du débiteur est devenue impossible par suite de cas fortuit (L. 10, C. de Cond. ob caus. Dat. XII, 6). Ce résultat n'est ici que l'application de cette idée : que l'obligation principale a pour objet l'exécution de la *Res* à laquelle il s'est soumis. Si je vous dois Pamphile en retour de Stichus que vous m'avez donné, la mort de Pamphile me libérera ; car Pamphile est l'unique objet de ma dette, et : *Res debita perit creditori*. Ne pouvant plus exécuter, je suis libéré ; le cas fortuit équipolle à l'exécution de l'obligation, et, comme je ne suis tenu de vous restituer Stichus qu'à la condition de ne pas exécuter mon obligation principale, je suis complètement libéré. Mais si, au contraire, Stichus meurt chez moi sans votre fait, je ne vous dois pas moins Pamphile, et pour des raisons inverses. La *condictio sine causâ* nous apparaît donc ici avec des effets tous autres que ceux qu'elle produisait aux premiers temps : l'introduction des contrats innomés a ainsi eu pour conséquence d'intervertir ici la théorie des *Risques* dans la *condictio ob rem dati*.

Nous avons vu plus haut que la *condictio ob rem dati* ne pouvait pas être intentée *avant* l'échéance du terme accordé au débiteur et nous venons de voir qu'elle ne pouvait plus l'être dès que, par une circonstance indépendante de la volonté du débiteur, l'exécution de son obligation était devenue *impossible*. Une double exception vient limiter ce principe. Il s'agit ici de la *condictio* dite *ex pœnitentiâ*, réservée dans certains cas spéciaux à l'auteur d'une *dation*. Grâce à elle, le créancier va pouvoir dissoudre le contrat, soit *avant* l'échéance du terme, soit lorsque l'exécution de l'obligation du débiteur est devenue *impossible* sans son fait, et cela par la simple *signification* au débiteur d'un changement de volonté du créancier. Voici le cas où cette *condictio* compète au créancier : 1° Je vous remets une somme d'argent pour faire un voyage dans mon intérêt exclusif (L. 5, pr. XII, 4, Dig.); 2° Je vous remets de l'argent pour affranchir votre esclave ou l'esclave d'autrui (L. 5, § 1 et 2, XII. 4 et L. 27, § 1, XVII, 1, Dig.). Il est évident que, dans ces différentes opérations, notre but n'a pas été de faire un *marché* et que la convention a été conclue surtout dans mon intérêt personnel. Si je vous donne quelque chose pour le service que vous voulez bien me rendre, soit en faisant le voyage, soit en me fournissant le moyen de réaliser un bienfait que je ne puis accomplir moi-même, c'est uniquement pour vous indemniser de vos dépenses ou de votre perte, vous *défrayer* en un mot. Et si vous consentez à exécuter la mission dont je vous charge, ce n'est pas dans l'intention principale d'obtenir quelque chose de moi en retour. Vous n'avez pas entendu spéculer ni faire un marché. Ces opérations, on le voit, ont avec le *mandat* plus d'un rapport et une analogie certaine; et c'est à ce titre que le droit romain les considérerait comme *révocables*. Comme l'opération n'intéresse que moi,

que votre intention n'est pas d'en tirer un profit, je pourrai révoquer vos pouvoirs avant le moment fixé pour l'exécution du service que vous devez me rendre, si je viens à me *repentir*. D'autre part, si l'esclave que vous devez affranchir *meurt*, sans votre faute, avant son affranchissement, votre mission n'ayant plus de raison d'être, cessera et vous supporterez seul la perte que vous occasionnera sa mort, comme si aucune convention n'était intervenue entre nous. La mort de l'esclave n'en fût pas moins arrivée en effet en l'absence de cette convention. Mais si la convention n'a pas été faite dans votre intérêt, il ne faut pas non plus qu'elle vous préjudicie. Aussi, dans la *condictio ex pœnitentiâ* que j'intenterai contre vous pour recouvrer la chose ou l'argent que je vous aurai remis, pourrez-vous me faire tenir compte des frais que vous aurez déjà faits pour préparer l'exécution.

Nous en sommes arrivés au dernier terme de l'évolution de la théorie des Pactes, à la conception dernière des Romains sur l'efficacité du consentement dans les conventions. Le progrès est considérable si l'on se reporte aux idées premières du droit romain sur les causes des contrats. Mais il n'est pas le dernier mot d'un droit vraiment philosophique, pour lequel la seule force obligatoire doit résider dans l'accord des volontés. Les Romains, sauf les rares cas dans lesquels le Préteur ou le Droit Impérial le sanctionnèrent en lui-même, ne purent jamais s'élever à cette idée abstraite de la valeur intrinsèque du consentement, comme base des contrats. Et dans la théorie des contrats innomés, leur dernier perfectionnement, ce n'est pas à lui seul qu'ils reconnaissent cette vertu. Respectueux des traditions du passé, ils la font résider encore dans l'*acte matériel* qui le soutient.

THÈSE DE DROIT FRANÇAIS

DE LA RÈGLE

DONNER ET RETENIR NE VAUT

SON ORIGINE, SES PRINCIPALES APPLICATIONS

D'APRÈS LE CODE CIVIL

INTRODUCTION

L'article 894 (C. c.) définit la donation entre-vifs « un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte ». Ainsi deux conditions sont exigées par cet article dans toute donation entre-vifs, savoir : l'*actualité* et l'*irrévocabilité* du dépouillement. L'actualité c'est la *Contemporanéité* du dépouillement avec l'acte même de donation. Il faut qu'au moment où la donation se forme, le donateur se trouve dépouillé de la chose donnée. L'irrévocabilité consiste en ce que ce dépouillement doit, de la part du donateur, être *irréversible, définitif*. Il faut que dès l'instant que le donateur s'est trouvé dépouillé, il le soit à jamais, et qu'il ne puisse plus, par un moyen quelconque, direct ou indirect, retenu par lui, au moment de la donation,

reprendre l'objet de sa libéralité, en tout ou en partie, la détruire ou seulement la réduire.

La donation doit être, une fois qu'elle existe, un fait désormais indestructible par un acte de sa volonté. Le Code civil, dans les articles 943 à 946 et 948, précise ce qu'il entend par l'*irrévocabilité* des donations et réprouve certaines clauses qu'il juge manifestement contraires à cette règle, dont il assure le respect par des prohibitions rigoureuses. Un acte *révocable* ne saurait, d'après le Code, être une donation entre-vifs. « *L'irrévocabilité sans laquelle il n'y a pas de donation...* » disait Jaubert dans son rapport au Tribunat. « *Donner et retenir ne vaut* ». Tel est l'adage coutumier dans lequel la Jurisprudence et les Coutumes, dans notre ancien droit, avaient déposé les règles qui vont faire l'objet de notre étude.

Les rédacteurs du Code civil en ont pris en partie le contenu, mais sans en reproduire la formule. « De là, disait Bigot-Préameneu, que *c'est donner et retenir* quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose donnée ».

Commençons par préciser la signification de cette maxime dans le dernier état de notre ancien droit. Puis, remontant dans le passé, nous chercherons à en fixer l'origine et le sens exact. Nous verrons que les deux règles qu'elle contient ne sont pas apparues en même temps, que suivant les époques l'une a prévalu sur

l'autre et comment enfin ces deux qualités du dépouillement, l'*actualité* et l'*irrévocabilité* se sont transformées dans leurs sens, pour s'adapter aux besoins des différents temps. Cela fait, nous en arriverons à l'étude de la règle et de ses applications principales dans le Code civil.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ANCIEN

CHAPITRE PREMIER

SECTION I

*De la Règle Donner et Retenir dans les derniers siècles de l'ancien
droit et spécialement depuis le XVI^e siècle*

Aux derniers siècles et surtout depuis la deuxième rédaction des coutumes, la règle *Donner et Retenir ne vaut* présente une double signification : 1^o La donation entre-vifs n'est opposable aux héritiers du donateur qu'autant que ce dernier a, pendant sa vie, fait au donataire la *tradition* de la chose donnée. Il faut que la donation ait été exécutée par le donateur *lui-même*, 2^o Le donateur doit s'être dépouillé *irrévocablement* de la chose donnée; il ne doit avoir conservé aucun moyen de reprendre ou de restreindre sa libéralité.

La coutume de Paris réunissait les deux règles dans son article 274. « C'est *Donner et Retenir* quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de

la chose *donnée* ou qu'il demeure en possession jusqu'à son décès ».

D'autres coutumes, celles d'Auvergne (ch. XIV, art. 18-23), d'Orléans (art. 283), d'Auxerre (art. 217), de Sens (art. 108 et 115), de Melun (art. 230 et 231), de Nivernais (ch. XXVII, art. 1-3), de Normandie (art. 444-446), de Sedan (art. 108 et suiv.), mettaient les deux conditions de validité sur la même ligne et les rattachaient au même principe.

Toutefois, ce n'est guère que depuis la seconde rédaction des Coutumes, c'est-à-dire vers la fin du xvi^e siècle, que cette double condition fut exigée universellement, sinon par le texte même des Coutumes, du moins par les développements que la Jurisprudence et les auteurs donnèrent à ces textes. — Certaines Coutumes, en effet, dans leur première rédaction, ne parlaient pas des clauses qui permettaient au donateur de revenir sur la donation. Telles sont les Coutumes de Paris (art. 160-161), de Sens (art. 95 et 101), d'Auxerre (art. 108), et d'Orléans (art. 222). Et même la Coutume de Melun ne contenait pas le principe.

Ce silence des Coutumes, dans leur première rédaction, sur l'*irrévocabilité* et la seule mention qu'elles font sur la règle *Donner et Retenir ne vaut* de la *nécessité de la tradition* par le donateur, nous conduisent à cette double observation :

1^o Que si à cette époque déjà, c'est-à-dire au commencement du xvi^e siècle, l'*Irrévocabilité* était exigée dans les donations, elle ne l'était pas dans le sens rigoureux avec lequel nous la voyons comprise à la fin de l'ancien droit.

2^o Que la *Tradition*, la remise de la possession de la chose donnée par le donateur au donataire était à cette époque principalement exigée et la condition la plus importante des deux, dans les idées des Coutumes et des Jurisconsultes.

Nous ne pouvons pas, sans doute, conclure de là que la règle de la *Tradition* ait été la première en date et comme le germe primitif d'où est sorti plus tard la règle complète : *Donner et Retenir ne vaut*. Ce que nous pouvons seulement affirmer en conséquence des faits relevés plus haut, c'est qu'au commencement du xvi^e siècle, alors qu'on se mit à rédiger pour la première fois officiellement les Coutumes, la règle de la *Tradition* passait pour la règle capitale, qu'elle avait plus particulièrement attiré l'attention des rédacteurs des Coutumes. Nous pouvons donc retenir qu'à cette époque la règle de la *Tradition* est au premier plan.

Un autre fait va nous confirmer dans cette idée, en nous montrant la persistance vivace de la règle de la nécessité de la *tradition*, à une époque où cependant la règle de l'*Irrévocabilité* a pris des forces et tend à détrôner la première.

Nombre de Coutumes en effet, parmi lesquelles celles de Péronne, Montdidier et Roye (art. 109), de Chauny (art. 57), de Senlis (art. 211), de Berry (T. 7, art. 1-4), ne parlent, *même* dans leur seconde rédaction, que de la condition du dessaisissement du donateur pendant sa vie. Rien sur la nécessité de l'*Irrévocabilité*.

D'autres Coutumes, comme celles de Mantes (art. 150), Etampes (art. 146), Dourdan (art. 73), posent le principe : *Donner et Retenir ne vaut*; mais elles ne le développent pas directement dans ses deux branches. Elles se contentent de tirer comme conséquence de ce principe, qu'il suffit d'une rétention d'usufruit dans l'acte de donation, ce qui est une simple allusion à la seule nécessité de la *Tradition*.

Toutes ces Coutumes, rédigées vers la seconde moitié du xvi^e siècle, attribuent donc une importance prépondérante à la règle de la *Tradition*. C'est à ce moment une règle solidement implantée dans le droit et comme une institution qui a vécu et qui a fait ses preuves.

Toutefois, cela ne va pas jusqu'à dire qu'au xvi^e siècle il ne fût pas question d'*Irrévocabilité*. Loin de là. Si certaines Coutumes n'en faisaient pas mention et ne semblaient pas l'exiger, au moins *textuellement*, beaucoup d'autres l'imposaient déjà et pour les premières même, qui n'exigeaient que la condition du dessaisissement du donateur, la Jurisprudence coutumière développait leurs textes, en y ajoutant la condition d'*Irrévocabilité*. Claude le Caron, par exemple, écrit sur la Coutume de Péronne : « Si le donateur réserve la faculté de pouvoir vendre en cas de nécessité, *et si tradita fuerit possessio*, la donation ne vaut. ». Et Ragueau, le commentateur de la coutume de Berry, dit au commencement du xvii^e siècle, dans les Coutumes générales des pays et duché de Berry (T. 7, art. 1) : « Quand le donateur se réserve de pouvoir vendre la chose donnée pour sa nécessité ou autrement, telle donation ne vaut, posé que la chose donnée eût été livrée au donataire ». Et il ajoute : « Aussi, s'il (le donateur) chargeait le donataire de payer les dettes qu'il devra au temps de son décès, ou bien à la charge de pouvoir par testament ordonner des biens qu'il donnerait, ou d'accomplir son testament par le donataire ». Ce sont là autant de clauses de révocation, de conditions potestatives de la part du donateur et le commentateur les réprouve, à défaut du texte de la Coutume. Il n'y avait pas uniformité dans les Coutumes au point de vue de leurs exigences textuelles, sur la règle *Donner et Retenir ne vaut* ; mais la Jurisprudence y suppléait.

Ces développements vérifient notre double observation sur la prépondérance de la règle de la *Tradition* et sur le sens naturel et non encore hypertrophié de la règle d'*Irrévocabilité*, dans la première moitié du xvi^e siècle. Sans doute, l'*Irrévocabilité* est exigée à cette époque universellement déjà en matière de dona-

tion. Nous le montrerons complètement plus loin, mais elle ne l'est qu'au sens ordinaire du mot en matière de contrats, en ce sens que si la donation a été faite sans *modalité*, elle est immuable.

Les conditions simplement potestatives de la part du donateur, les clauses lui réservant des moyens conditionnels de revenir sur sa libéralité ne semblent pas encore exclus généralement. S'il en avait été autrement, on ne comprendrait pas ce silence de la Coutume sur l'*Irrévocabilité*. « Le principe ne devait pas tenir une grande place dans la pratique quand on ne songeait pas à l'énoncer » (1).

Dans le trait de temps qui s'étend de la première rédaction à la seconde, le principe de l'*irrévocabilité* prend des forces ; il se transforme et s'agrandit sous la poussée des besoins du temps.

La *Tradition*, au contraire, au commencement du xvi^e siècle, est seule textuellement exigée et des deux règles, la plus en honneur. On la voit presque partout écrite. Cependant ne nous y trompons pas. Ce n'est pas sans réserve qu'il faut admettre la prépondérance de la tradition à cette époque. La nécessité de la *Tradition* est partout reconnue : c'est là un fait indéniable. Mais pourquoi l'est-elle et dans quel but ? Peut-être, au fond, la *Tradition* n'est-elle qu'un moyen d'atteindre un but ardemment poursuivi, l'*irrévocabilité* ? Voici notre sentiment sur ce point. La *tradition*, nous le verrons, avait été exigée dans les donations entre-vifs dès les premiers âges de notre droit, comme une condition essentielle de l'*irrévocabilité*, au sens ordinaire de ce mot. Elle avait paru à cette époque lointaine comme le signe manifeste de l'esprit de libéralité réfléchi et sans pensée de retour, chez le donateur. Cette nécessité de

(1) Desjardins. Recherches sur l'origine de la règle *Donner et Retenir ne vaut* (*Revue Critique*, T. 33, p. 226).

la *tradition* était demeurée dans les siècles et s'était souverainement installée dans les idées des anciens, comme la condition essentielle d'une donation *irrévocable* au sens normal du mot. Au xvi^e siècle, cette règle fleurit toujours, et c'est encore, croyons-nous, comme moyen d'atteindre le même but, l'*irrévocabilité*, qu'elle est universellement consacrée. Son maintien nous paraît d'autant plus indispensable à cette époque, que dans la généralité des coutumes, la donation ne faisait naître au profit du donataire aucune action, à l'effet d'obliger le donateur à livrer la chose donnée. Denys du Pont, qui écrivait sur la coutume de Blois, au xvi^e siècle, disait : « Hoc jure municipali nulla actio, nulla conditio, nullum denique remedium donatario in donantem ad traditionem possessionis competit. (1) » Seule, la Tradition, soutenue de l'esprit de libéralité, manifestait la donation en même temps qu'elle l'exécutait. Mais remarquons-le bien, la *tradition* était exigée moins pour elle-même que pour remplir l'objet et le but de la donation, l'*irrévocabilité*.

Dans l'intervalle de temps compris entre les deux rédactions des Coutumes, la règle d'*irrévocabilité* grandit et s'affirme d'avantage. Mais la *tradition*, réelle ou feinte, demeure toujours indispensable. Ce sera seulement après la deuxième rédaction des Coutumes, que pour des causes diverses, l'*irrévocabilité* développant et outrant ses conséquences, deviendra sous sa forme et dans son sens nouveaux, l'objet des soins attentifs des rédacteurs et commentateurs des Coutumes, et prendra ainsi dans leur esprit la place prépondérante. Toutefois, et dans le fond des choses, nous croyons, bien qu'on s'en occupe beaucoup moins, que la règle de la *tradition* est toujours capitale, car elle est toujours le moyen le plus sûr d'arriver au but souhaité : l'*irrévocabilité*.

(1) Dyonsii Pontioni in consuetudines Blesenses, T. XII, art. 169.

Nous avons vu que certaines Coutumes, même dans leur seconde rédaction, ne tiraient de la maxime : *Donner et Retenir ne vaut* que la nécessité de la *tradition* comme conséquence. En sens inverse, la Coutume du Bourbonnais, dans son article 212, ne relevait comme application de la Maxime que l'impossibilité pour le donateur de retenir la disposition de la chose donnée ; l'article 213 déclarait la donation valable sans appréhension *réelle* et actuelle, et permettait d'agir contre les héritiers du donateur. Mais Auroux des Pommiers (sur l'art. 213, n° 1.) dit qu'il faut au moins une tradition *feinte* ou par équipollence. Ici encore, on le voit, la pratique vient compléter le texte de la Coutume.

Nous pouvons dès lors affirmer que depuis la seconde rédaction des Coutumes (fin du 16^e siècle), les deux règles de la *Tradition* et de l'*Irrévocabilité* étaient renfermées dans la Maxime *Donner et Retenir ne vaut* et cumulativement exigées pour la validité des donations entre-vifs.

Quand ils parlent d'*Irrévocabilité*, dans le sens technique et spécial que prit ce mot à la deuxième rédaction des Coutumes, les auteurs veulent exprimer cette idée que le donateur, pour être *vraiment* un donateur, doit préférer résolument et sans arrière-pensée le donataire à lui-même, quant au bien qui fait l'objet de la donation. Il faut que le donateur, dès l'instant qu'il donne, se dépouille, sans espoir aucun de reprise, du bien donné ; il faut qu'il s'en détache, s'en déprenne à jamais et, si je puis ainsi dire, qu'il en fasse franchement son deuil. Tel est le sens rigoureux de l'*Irrévocabilité* en cette matière.

Nous verrons plus tard comment notre ancien droit fut conduit, par une fausse interprétation du droit romain, à outrer à ce point le sens d'un mot.

Cette notion si sévère et si exagérée de l'*Irrévocabilité* semble s'accorder mal avec la faculté, reconnue

dès le xvr^e siècle, de la simple *Tradition feinte*. Il semble en effet que le donateur qui conserve la détention du bien donné, soit comme *usufruitier*, soit comme *précariste*, ou à tout autre titre de ce genre, ne se dépouille pas au gré de la règle d'*Irrévocabilité*, telle qu'elle est dès lors entendue. Il semble que celui, qui donnant un immeuble, s'en réserve l'usufruit, fait plus que de reprendre la chose qu'il donne, puisqu'il ne la donne pas tout entière. N'est-ce pas là *Donner et Retenir* ? Et à vrai dire la règle d'*Irrévocabilité* eût dû entraîner comme conséquence logique le dépouillement absolu du donateur, la remise effective et matérielle du bien donné aux mains du donataire. La tradition réelle était imposée logiquement par la règle impérieuse de l'*Irrévocabilité* et l'esprit même du droit sur les donations. Il semble qu'il eût été nécessaire, pour la conformité complète des conséquences à ce principe, que le donateur eût absolument vidé ses mains de la chose donnée, qu'il en eût communiqué tout le bénéfice, tout l'émolument au donataire, qu'en un mot la donation eût été exécutée matériellement par le donateur, pour que le vœu de la règle d'*Irrévocabilité* fût réellement satisfait et l'intérêt qu'elle était destinée à protéger, celui des héritiers du donateur, efficacement assuré.

Toutefois, et si l'on y regarde de plus près, la *tradition feinte* n'empêche pas qu'il y ait *irrévocabilité*. Sans doute, le donateur a conservé par devers lui l'utilité du bien donné, puisqu'il va pouvoir en jouir malgré la donation, ce qui paraît peu conciliable avec les anciennes idées sur l'appauvrissement complet que devait s'imposer le donateur, comme nous le développerons plus loin. Mais il n'en est pas moins vrai que par la *tradition feinte* le donateur s'est dessaisi à jamais, et sans pouvoir les reprendre, de la propriété et de la possession même de la chose donnée. Et c'est en ce sens que l'on peut dire qu'il y a, malgré la

tradition feinte, une véritable *irrévocabilité*. Cela paraîtra plus sensible dans le cas où le donateur conserve, à titre de *précaire*, la jouissance de la chose donnée. Dans ce cas, en effet, si le donateur conserve la jouissance de la chose, cette jouissance n'est pas pour lui, comme dans le cas d'usufruit, un droit ferme; c'est un droit *précaire*, dans le sens romain du mot, et *révocable* à chaque instant par le donataire.

Si donc il est incontestable que l'esprit du droit coutumier et le vœu de la règle d'irrévocabilité devaient tendre au dessaisissement complet du donateur par la *tradition réelle*, il faut cependant reconnaître que la *tradition feinte* ne contrecarrait pas absolument la règle d'*irrévocabilité*; mais elle énervait cette règle à laquelle elle retirait toute son efficacité protectrice à l'égard des héritiers du donateur. Si les anciens auteurs ont admis la *tradition feinte* comme suffisante, c'est qu'ils ont cru trouver dans la notion qu'ils se sont faite de l'*irrévocabilité* un remède souverain contre le danger des donations. D'ailleurs, il fallait bien faire la part de ces *subtilités* du droit, suivant l'expression de Ricard, parlant des *traditions feintes*.

Le droit coutumier était devenu plus scientifique sous l'influence romaine et ne pouvait plus fermer ses portes à ce mode intellectuel de la *tradition*.

SECTION II

De la Tradition

§ 1^{er}. — DU FONDEMENT DE CETTE RÈGLE

« C'est *Donner et Retenir* quand le donateur demeure en *possession* jusqu'au jour de son *décès* » (art. 274, Cout. Paris).

C'est en ces termes que la Coutume de Paris formule la règle de la *tradition*, cette première exigence de la Maxime. Nous disons : première exigence, bien que, dans l'ordre de ses dispositions, l'article 274 de cette Coutume mette au premier plan la nécessité de l'irrévocabilité. Mais si à ce moment du développement de notre droit (fin du xvi^e siècle), la règle d'irrévocabilité semble accaparer l'attention des auteurs et prendre la première place, nous verrons d'une part que la règle de la *tradition* était plus ancienne qu'elle (au moins dans le sens moderne du mot irrévocabilité), et nous savons au surplus qu'elle avait été la seule imposée textuellement dans les Coutumes à leur première rédaction, et la seule étudiée pendant longtemps par la Jurisprudence et les auteurs, de sorte que dans l'ordre chronologique, elle était vraiment la première. Nous espérons d'autre part démontrer plus loin que, dans l'ordre d'importance des deux règles de la Maxime, la règle de la *tradition* est encore la première au fond, même au moment où la notion d'irrévocabilité a été étendue hors de ses limites naturelles, et cela non-seulement à l'époque (xiv, xv, xvi et xvii^e siècles) où le donataire n'a pas d'action contre le donateur pour le forcer à l'exécution, c'est ici de toute évidence, mais encore à l'époque (fin du xvii^e siècle et xviii^e siècle) où l'action étant reconnue au donataire contre le donateur, l'irrévocabilité est devenue, en matière de donations, l'unique objet des développements et des travaux des Jurisconsultes. Nous espérons en effet démontrer dans une autre section que même à cette époque où la notion de l'irrévocabilité est devenue aussi rigoureuse, la *tradition* est le moyen le plus sûr de la réaliser, non-seulement à l'encontre des héritiers du donateur, mais encore à l'encontre du donateur lui-même. La règle de la *Tradition* est donc encore capitale, puisqu'elle fonde l'irrévocabilité.

La Tradition dont nous allons nous occuper dans cette section est celle que Ricard appelle *Tradition de fait*. C'est la remise par le donateur au donataire de la chose donnée, l'exécution matérielle de la donation, par opposition à ce que le même auteur appelle *Tradition de droit*, ou dépouillement irrévocable du donateur au profit du donataire, qui se trouve irrévocablement investi de l'objet du droit donné.

Cette nécessité de la *Tradition* n'existe plus chez nous ; elle a été supprimée par l'article 938 du Code civil, qui n'a pas seulement eu pour objet de consacrer le principe moderne, que la simple convention suffit à transférer aujourd'hui le droit de propriété, principe affirmé généralement, pour tous contrats engendrant l'obligation de livrer, par l'art. 1138. L'art. 938 a eu, croyons-nous, pour but unique, d'effacer de la législation nouvelle la nécessité de la *Tradition* de l'ancien droit en matière de donations.

Le principe, nettement posé d'une manière générale dans l'art. 1138, suffisait à coup sûr pour que la *Tradition* ne fût plus exigée dans tout contrat translatif de droit réel. Cette conséquence du principe répétée spécialement dans l'art. 938, au titre des Donations, nous est un gage nouveau et certain de la vitalité et de l'importance de cette règle de la *Tradition* dans l'ancien droit, puisque les législateurs de 1804 lui ont fait l'honneur d'une mention spéciale; voulant par là marquer leur intention bien arrêtée de rompre sur ce point avec le passé.

Une observation doit dès actuellement être faite. Pourquoi, dans tout le cours de l'ancien droit, les auteurs et les Coutumes reviennent-ils si fréquemment sur la nécessité de la *Tradition* en matière de donations, quand au contraire ils sont muets, ou à peu près, sur le même point, pour tous autres contrats ? Ils ont fait de la *Tradition* une règle essentielle à la donation,

et cependant, dans tout contrat qui a pour objet de transférer un droit réel, la *Tradition* est nécessaire pour que le contrat remplisse son objet, pour qu'il soit exécuté. L'insistance caractéristique des auteurs sur la nécessité de la Tradition en matière de donations nous autorise à dire qu'il ne faut pas uniquement la rattacher à cet ancien principe que les conventions sont impuissantes à déplacer un droit réel.

Exposons sommairement les raisons qui nous paraissent avoir attiré spécialement l'attention des Jurisconsultes sur la nécessité de la *Tradition* en matière de donations.

Ces raisons qui peuvent s'appliquer généralement à toutes les phases de notre droit sont au nombre de deux.

A. — Les Jurisconsultes et les Coutumes, partant de cette idée que la donation est un acte de bienfaisance et que l'appauvrissement de la part du donateur qui se prive d'un bien, en est une condition essentielle et constitutive, ont poussé cette idée jusqu'à ses extrêmes conséquences ; ils se sont créé une sorte de type idéal de la donation, auquel ils ont voulu, dans la pratique, réduire toute libéralité. Pour que, suivant eux, une chose fût vraiment donnée, donnée dans toute l'acception élevée que comporte ce mot, il fallait, croyons-nous, que le donateur se départît sans arrière-pensée, de la chose dans son entier (propriété, possession, avantages quelconques). Or, l'objet d'une donation devait nécessairement, d'après leurs idées, consister en une chose matérielle, et l'on comprend alors qu'avec cette idée d'abnégation et de renoncement absolus requis quant à l'objet de la donation chez le donateur, ils aient exigé la remise matérielle et intégrale de la chose au donataire.

Pour qu'il y ait donation, dans toute la pureté du mot, il faut donc, ont-ils pensé sans doute, que rien ne

reste au donateur, de la chose donnée ; que tous ses avantages comme sa matière aient été communiqués au donataire ; et c'est peut-être pour ce motif que longtemps la donation ne fut considérée que comme un *acte accompli*, et non pas comme une *convention obligatoire* (1). Cette notion de la donation était certainement exagérée, car il suffit, pour qu'il y ait donation, qu'un avantage certain, relativement à une chose, ait été gratuitement conféré au donataire ; il suffit qu'il y ait une *chose donnée*, qui ne doit pas forcément se confondre avec la chose matérielle sur laquelle porte la donation.

La longue résistance des Coutumes et des auteurs à admettre les modes intellectuels de la *Tradition* vers lesquels devait cependant les porter leur engouement pour le droit romain, ne nous semble pas se rattacher à une autre cause que leur conception outrée de la nature de la libéralité entre-vifs.

B. — Voici encore une raison générale qui nous semble avoir, à toute époque de notre ancien droit, incliné les Jurisconsultes à la nécessité de la *Tradition*. Précisément à cause de la conception très élevée qu'ils avaient de la nature de la donation, à cause aussi de ce qu'un tel acte a de supérieur à l'égoïsme humain, ils devaient être assez défiants à l'endroit de la sincérité chez le donateur ; l'esprit de libéralité ne se présume certes pas et ils voulaient être certains, pour valider les donations, de l'existence indiscutable de cet esprit chez les donateurs ; d'autant plus que trop d'in-

(1) Laurière (Texte des Cout. de la Prévôté et Vicomté de Paris, introduction au T. 13 : « Comme dans l'ancien droit romain il n'y avait pas à l'origine, de donation sans tradition actuelle, la donation n'était alors qu'une *libéralité* et non un *contrat*, parce que, quand elle était acceptée, *tout étant consommé sur le champ et à l'heure même*, il n'en résultait aucune obligation civile, ni par conséquent aucune action ».

térêts sont froissés par les donations, pour que de nombreuses récriminations ne s'en suivent pas, voire même des retours des donateurs eux-mêmes. Les anciens auteurs voulaient donc des gages certains et invincibles de l'intention de libéralité chez les donateurs. Or le dessaisissement physique et matériel de la chose donnée leur semblait un gage satisfaisant de cette intention. Aussi l'exigeaient-ils avec insistance, et voulaient-ils que ce dessaisissement matériel eût eu lieu pendant la vie du donateur lui-même.

Les passages sont nombreux dans lesquels apparaissent les raisons que nous venons d'assigner à la nécessité de la *Tradition*. En voici un de Glanville, auteur coutumier anglo-normand du ^{xiii}^e siècle (1) : « Si donationem talem nulla secuta fuerit *seisina*, nihil post mortem donatoris ex tali donatione contra voluntatem heredis efficaciter peti potest, quia id intelligitur, secundum consuetam regni interpretationem, potius esse *nuda* promissio quam aliqua *vera* promissio vel *donatio* ». Un passage de Bracton (2), où cet auteur parle des qualités de la tradition et où il exige le délaissement complet *animo* et *corpore*, est encore plus significatif. Il est indispensable que l'intention généreuse éclate absolument pour qu'il y ait donation. De cette idée découle cette conséquence que longtemps la donation ne fut pas considérée comme obligatoire, mais seulement comme un acte accompli (1). Ricard dit que la tradition fait « comme le *sceau* et la *vérification* de la donation, afin qu'il paraisse qu'elle a été faite sincèrement et sans dissimulation ».

Cette deuxième raison, que nous proposons de la

(1) L. 7, ch. 1.

(2) L. 2, ch. 17.

(3) Voir Ricard (Donat., n° 901).

nécessité de la *Tradition*, ne s'applique pas sans doute aussi immédiatement aux époques postérieures, dans lesquelles on admet la tradition par équipollence. Nous croyons néanmoins qu'elle domine encore l'esprit des Jurisconsultes dans ces périodes de notre droit, car si la fiction est venue remplacer la réalité, sous la pression du droit romain, le principe de la tradition *réelle* est toujours en vigueur. La vérité de cet attachement profond au principe de la part des anciens auteurs se manifeste à chaque instant dans leurs ouvrages, et ressort non moins de l'opposition qu'ils firent longtemps à l'admission de la fiction. Delalande, sur l'art. 284 de la Coutume d'Orléans, n° 8, dit que les traditions *feintes* sont bien *réputées* suffisantes pour parfaire les donations, mais pourvu qu'elles soient empreintes d'une entière *bonne foi*; autrement s'il y a des apparences de *fraude*, la donation court fortune d'être cassée quand la tradition réelle n'est pas intervenue. Voici maintenant ce qu'écrit Godefroy, le commentateur de la Coutume de Normandie : « Au fait contentieux, je fais doute de prendre toutes les traditions feintes pour vérités, si nonobstant icelles le donateur est trouvé *possesseur* lors de son *décès*, parce que la disposition de notre Coutume est *expresse* à cet égard » (art. 444).

Tous ces motifs de ne pas se contenter de la tradition feinte qu'on a cependant admise à son corps défendant, il est vrai, ne montrent-ils pas que les Jurisconsultes, à travers la fiction, cherchent toujours la réalité, qu'ils voudraient bien faire régner uniquement dans la pratique le vieux principe de la tradition réelle, à laquelle ils se rattachent toutes les fois qu'ils en trouvent l'occasion.

Les développements qui précèdent nous permettent de bien pénétrer la pensée et de préciser nettement la portée de l'art. 938 (C. c.). Nos anciens auteurs, quand

ils parlaient de donation, se référaient presque exclusivement à la donation d'un objet *matériel*. Cela résulte de nombreux passages. C'est ainsi que Ricard (1), se demandant si les donations de biens à venir sont permises en pays coutumier, se décide pour la négative, par la raison que « les donations doivent être irrévocables et composées de choses *certaines* ». Et Auroux des Pommiers, sur la même question qu'il résout de la même manière, dit plus affirmativement encore : « que la donation de biens à venir ne vaut..... parce qu'il est libre au donateur de rendre la donation *inutile*, ce qui est absolument opposé aux principes des donations entre-vifs, qui doivent être *irrévocables* et composées de choses *certaines* dont on puisse faire la *tradition* (2).

Or, pour que la donation fût parfaite, il fallait, d'après les idées des anciens auteurs sur ce genre de libéralités, que le donateur l'eût exécutée lui-même par la *Tradition* matérielle de la chose *certaine* qui en était l'objet; il fallait qu'il l'eût complètement quittée au profit du donataire, qu'il s'en fût absolument détaché, jusqu'à ses moindres avantages : la tradition opérait ce transfert de la propriété avec tous ses émoluments. La donation n'était parfaite à l'égard de tous que par la *Tradition*. Autrement, pas de donation, à proprement parler, *définitive*. Il n'y a pas, à vrai dire, de *donation contrat* qui soit en tant que telle parfaite à tous égards; seule la *donation exécutée* l'est.

L'article 938, en disant que la donation est parfaite par le *seul* consentement des parties, et que la propriété des objets donnés est transférée au donataire, sans *autre Tradition*, a par là même supprimé la nécessité de la tradition réelle ou feinte de l'ancien droit. C'est ainsi que le législateur moderne estime suffisante et

(1) Donat, n° 1001.

(2) Sur l'art. 210, Coutumes du Bourbonnais.

satisfaisant dans une mesure très acceptable au principe que le donateur doit s'appauvrir, cette transmission intellectuelle de la propriété par la vertu du principe nouveau de l'effet translatif des conventions. Et s'il rejette la nécessité de la tradition réelle ou feinte comme condition de la perfection de la donation, c'est, peut-on dire, qu'il a renoncé à la conception si élevée des anciens sur la donation, conception qui entraînait comme conséquence nécessaire la *Tradition*. C'est donc qu'il a compris qu'une donation peut porter non seulement sur la pleine propriété d'un objet matériel, mais encore sur un droit quelconque se rattachant à cet objet, la nue-propriété par exemple. Une telle transmission à titre gratuit satisfait donc pleinement, suivant lui, le principe qui exige chez le donateur appauvrissement et privation. C'est ce qu'a voulu dire l'art. 938. C'est la même idée que nous retrouvons dans l'art. 949 sous une autre forme : il est permis au donateur de faire la réserve à son profit de la *Jouissance* ou de l'*Usufruit* des biens donnés. Le droit ancien était bien arrivé au même résultat, mais indirectement et par le secours des *traditions feintes* qui ne furent admises qu'avec répugnance. Aujourd'hui, au contraire, la donation d'une nue-propriété est parfaite et exécutée par la simple convention dûment acceptée; elle emporte transport du droit au donataire sans tradition feinte.

D'autre part, par cela même qu'il n'exige plus la tradition comme condition de perfection de la donation, l'art. 938 a abrogé la deuxième partie de la règle *Donner et Retenir ne vaut*. Le donateur ne devra plus nécessairement avoir livré la chose donnée, pour que la donation soit opposable à ses héritiers. Il pourra donc, en fait, conserver jusqu'à son décès la jouissance de la chose donnée : son appauvrissement et la privation qu'il s'impose, bien que moins complets que dans l'ancien droit, sont jugés suffisants, même à l'égard

des héritiers, qui ne peuvent plus, de ce chef, critiquer la donation.

Du même coup et comme conséquence, l'article 938 permet de fixer au décès du donateur l'exécution de la donation ; de sorte que si d'autres raisons découlant de la règle d'Irrévocabilité qui subsiste toujours chez nous, ne viennent pas s'opposer à la donation d'une *somme d'argent* ou de choses *fongibles* payables au *décès* du donateur, nous pouvons dès actuellement affirmer que cette donation est valable. Cette conséquence ne ressort pas sans doute du texte de l'article 938 ; mais son esprit l'impose, car notre droit est moins exigeant que le droit coutumier sur les conditions d'appauvrissement et de privation auxquelles doit se soumettre le donateur. Et si l'article 938 ne parle que d'objets dont la *propriété* sera transférée par le simple consentement, c'est qu'il se réfère spécialement pour le modifier, à l'ancien droit qui ne connaissait à vrai dire que les donations en toute propriété.

La donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur n'était d'ailleurs pas connue des anciens auteurs. Ricard (Donat. 1^{re} partie, nos 1036 et 967) parle bien d'une donation de mille livres à prendre sur les biens du donateur, pour le donataire commencer à en jouir après le décès de celui-ci. Mais remarquons qu'il s'agit ici d'une rente (*census assignatus*) et que la raison qui détermine Ricard à admettre une telle donation, c'est que les deux traditions, celle de *fait* et celle de *droit* y sont possibles (n° 1036) : « Je n'estime pas que l'affirmative (sur le point de savoir si une telle donation est possible) soit susceptible de difficulté, d'autant que pour ce qui est de la tradition de fait, nous avons montré, en la distinction précédente (n° 967), de quelle manière elle pouvait être accomplie, et à l'égard de la tradition de droit, elle se rencontre suffisamment faite pour cette espèce de donation, au moyen

de ce que les biens du donateur sont affectés à la rente, dès le moment que la donation a été faite, de sorte qu'il ne peut plus aliéner qu'à charge de rente. » et n° 967 : « Cette rente ne doit pas être signifiée, car elle participe de la rente foncière. La tradition de fait a eu lieu pour elle comme pour un héritage. Dessaisissement des biens par le donateur si elle a eu lieu pour le présent. Si au contraire, elle doit être différée, quant à la jouissance, après la mort du donateur, ce dernier en retient la possession après une voie feinte. » Si donc Ricard valide de telles donations, c'est qu'il y a eu dessaisissement du donateur au moins par voie feinte; au surplus la créance qui est attachée à la rente ne fait qu'un avec les immeubles qui y sont affectés, d'où il résulte qu'en définitive c'est une partie du domaine du donateur qui a passé au donataire; il y a donc aussi tradition de droit. Il n'en est plus de même actuellement pour la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur, car aucun gage spécial, aucun bien déterminé n'est assigné à l'exécution de la donation; il n'y a que le gage général du patrimoine du donateur qui en réponde vis-à-vis du donataire, comme de toute autre créance. La tradition de droit ne consiste actuellement que dans la création au profit du donataire d'un droit de *créance irrévocable*.

La coutume de Paris, dans la seconde partie de l'art. 274, et le droit commun du pays exigent que la *tradition de fait* ait eu lieu du *vivant du donateur*.

Nous avons vu que cette tradition avait été textuellement imposée par l'universalité des Coutumes dès leur première rédaction. Mais elle remontait à une époque beaucoup plus ancienne, et nous allons voir qu'elle était déjà exigée aux temps féodaux et même barbares. Un capitulaire de Louis le Débonnaire (1)

(1) (Canciani T. 2. Capitula addita ad legem Salicam. Ch. 6, p. 172).

parle de tradition : « Postquam hæc *traditio* ista fuerit facta, heres illius nullam de prædictis rebus valeat facere repetitionem. » C'est une fois la donation exécutée par la *Tradition* qu'il n'est plus permis d'y toucher.

Les auteurs coutumiers Anglo-Normands exigent aussi la tradition et en font une condition de la validité des donations. La donation, dit Glanville, dans un passage déjà cité (L. VII, Ch. 1.), quand elle n'a pas été suivie d'une tradition pendant la vie du donateur « intelligitur potius esse *nuda* promissio quam aliqua *vera* promissio vel *donatio*. » Bracton, qui écrivait aussi au XIII^e siècle, exige, outre l'ensaisinement public du donataire, que le donateur délaisse ensuite complètement l'héritage donné (*corpore et animo*, dit-il), au donataire qui doit lui-même prendre possession *animo* et *corpore*. Et il ajoute un peu plus loin : « Potest donator ante traditionem mutare voluntatem, quum *imperfecta* sit donatio et possessionem retinere *corpore et animo*. » Qu'est-ce à dire, sinon que la Tradition est considérée comme la condition même de l'existence de la donation à laquelle elle communique l'efficacité et la vie.

C'est, d'autre part, un fait remarquable que le soin et l'insistance avec lesquels ces auteurs, Bracton surtout, exigent la tradition comme condition de la donation et en déterminent exactement les qualités : il faut qu'elle porte en elle-même la preuve indéniable et comme le cachet de l'esprit de *libéralité* du donateur ; elle doit être faite *corpore* sans doute, mais aussi et nécessairement *animo*. C'est pour être bien assurés de la sincérité du donateur qu'ils exigent cette sincérité manifeste de la *Tradition*. Ces passages nous semblent venir à l'appui des idées que nous avons émises plus haut sur les causes de l'exigence de la tradition par nos anciens auteurs.

Un autre Jurisconsulte Anglo-Normand, Britton, qui

est un peu postérieur aux deux premiers, pose aussi très nettement le principe de la règle de la tradition (1).

Le même principe est contenu dans les *Assises de Jérusalem* (2) : « Le donataire a beau être ensaisiné et prêter son hommage, s'il n'a la *tenure* de sa métairie, soit parce que....., soit....., le don que le donateur en aura fait, une fois le donateur mort, ne sera valable ne estable parce que ce n'aura été que proumece ; car le don n'aura été que en dit et non en fait, que le don n'est pas parfait qui n'est en fait que un dit sans fait. » Voilà ce que dit Jean d'Ibelin dans la *Haute-Cour*. La clef des *Assises de la Haute-Cour* du royaume de Jérusalem et de Chypre porte au n° 194 la même règle : « Nul don n'est parfait qui est fait en dit sans être parfait ».

Voici maintenant le Livre des *Assises de la Cour des Bourgeois* : « Don ne vaut sans la saisine de la chose. » C'est toujours la tradition reconnue nécessaire pour donner naissance à la donation.

C'est encore le même principe que posent les Coutumes de Champagne (3). S'il n'y a pas eu tradition, dit ce texte, « li don ne vaudra rien contre loir du mort, pource que par droit commun et par Coutume de Champaigne, *Donner et Retenir ne vaut*. » C'est ici que, pour la première fois, nous voyons apparaître la Maxime dans sa formule définitive. Observons qu'à cette époque, elle n'avait d'autre objet que d'exiger la *tradition*.

Les *Coutumes notoires du Châtelet de Paris* et le *grand Coutumier de Charles VI* portent les mêmes dispositions sur la nécessité de la *Tradition*.

(1) (L. 2. Ch. IX, de Seisinis, nos 1 et 3. T. 1, p. 258 et 259, édit. by Francis Morgan Nichols, Oxford, 1865.)

(2) Ch. 144.

(3) Art. 44 (1^{re} rédaction).

Nous pouvons donc retenir que, dans tout le cours de cette longue période qui embrasse une partie des temps barbares et l'époque féodale tout entière, la Tradition a été universellement exigée : elle est l'objet presque unique des dispositions législatives ou coutumières et des développements des Jurisconsultes.

Nous pouvons également retenir que, dans tout le cours de la même période, et sauf quelques rares exceptions que nous ferons apparaître plus loin, la donation n'a été, dans la grande généralité des temps et des pays coutumiers, considérée que comme un *fait accompli*, et non comme un *contrat* muni de *force obligatoire*.

Si nous embrassons maintenant la période de temps qui va de la deuxième rédaction des Coutumes à nos jours, nous rencontrerons encore la Tradition exigée partout des auteurs et des Coutumes, sinon comme condition de l'*existence* même de la donation, du moins comme condition de sa *validité* et de son *maintien*. Nous avons déjà constaté en effet que la majorité des Coutumes, dans leur seconde rédaction, indiquaient la Tradition comme une règle contenue dans la maxime *Donner et Retenir ne vaut*, et que, pour celles d'entre elles, et spécialement la Coutume du Bourbonnais, qui ne parlaient pas de Tradition, les Jurisconsultes avaient comblé la lacune, et que, somme toute, dans la généralité des pays coutumiers, la Maxime renfermait les deux règles. L'ordonnance de 1731 sur les donations vint, au surplus, apporter en dernier lieu l'unité sur ce point dans tout le royaume.

Le résultat de notre recherche est donc que la Tradition a, dans cette période, été toujours exigée ; mais ici cette exigence ressort d'une manière moins frappante peut-être que dans la période précédente, C'est qu'en effet la règle de la Tradition n'apparaît plus seule, comme antérieurement. Un grand nombre de Coutumes

mentionnent la règle d'*irrévocabilité*. Les auteurs, après avoir longtemps et exclusivement accordé la faveur de leurs développements à la règle de la Tradition, se tournent maintenant presque uniquement vers le nouveau principe qu'ils développent et commentent avec soin. La Maxime a dès lors ses deux significations, mais de ce moment, la règle de la Tradition n'a plus son ancien relief; elle passe maintenant presque inaperçue, à ce point que Domat (1) en vient à confondre avec cette maxime la nécessité de l'irrévocabilité à laquelle il rattache exclusivement la Maxime et reste muet sur la Tradition. C'est à ce point aussi que Ricard (2) voit dans l'irrévocabilité l'*âme* de la donation et la confond avec la Maxime qui n'en serait que l'expression coutumière. C'est encore d'Aguesseau qui écrit (3) : « Le sens de la maxime *Donner et Retenir ne vaut* n'est pas que la tradition feinte ne puisse avoir lieu dans les donations, et *personne*, dans les pays coutumiers, *n'a jamais songé* à exiger dans les donations une tradition *réelle*. »

Il est donc constant que, dans cette période, la règle de la tradition est passée au second plan dans les préoccupations de la science. Mais peut être cette déchéance apparente de la tradition n'est-elle pas foncière? C'est ce que nous verrons dans la section cinquième.

§ 2. — MODES DE TRADITION

Examinons maintenant de quelle manière doit s'opérer la *Tradition* que nous venons de voir partout

(1) Lois civiles, L. 1, t. X.

(2) Donat. nos 900 et 970.

(3) T. IX, p. 557, lettre 289.

requis dans notre ancien droit, comme condition de la perfection des Donations.

« Les Coutumes, dit Pothier (1), sont diverses sur la qualité de la tradition. Il y en a qui en demandent une *solennelle* sous différents noms. D'autres demandent une tradition *réelle* et ne reconnaissent pas pour valables les donations dans lesquelles il n'est intervenu qu'une tradition feinte, telle que celle qu'on induit de la prétention d'usufruit. Dans les Coutumes de Paris et d'Orléans, les donations sont valables, soit que la tradition ait été *réelle*, soit qu'elle ait été simplement *feinte*. »

On peut presque affirmer *a priori* que la tradition réelle a dû être seule exigée pendant longtemps, à l'exclusion de la tradition feinte. En effet, la fiction n'est que la copie atténuée de la réalité et qu'un adoucissement à la rigueur primitive du droit. Des textes anciens viennent d'ailleurs fortifier cette assertion. Les formules de Marculf qui datent du *vii^e* siècle et, par conséquent, de l'époque de barbarie qui a suivi l'invasion, ont consigné sur les mœurs et les institutions de ce temps troublé des aperçus du plus grand intérêt. La pratique du *Précaire* est un des traits les plus curieux à relever sur notre question.

Dans cette ère de la force, au milieu de l'anarchie qui bouleversa notre pays à cette époque, les droits les mieux assis et, jusque-là, les plus incontestés, furent ébranlés ; le propriétaire n'était plus assuré de conserver son champ ou sa demeure ; un seul obstacle pouvait briser l'orgueil et la violence des barbares : leur respect pour la religion. L'Eglise, c'était là le phare et le port dans cette époque si sombre. En même temps qu'un grand nombre de personnes se jette dans ses bras et encombre les couvents pour y trouver, dans leur

(1) Traité des Donations entre-vifs, sect. 2, art. 2 § 1.

sein, la sécurité de la vie matérielle et intellectuelle que leur refuse le siècle, les possesseurs de biens se tournent aussi vers l'Eglise et les monastères, en leur demandant protection pour leur patrimoine exposé à toutes les entreprises, à toutes les spoliations des barbares.

L'usage des *Precariæ* se répand. Les particuliers font aux monastères et aux Eglises donation de leurs biens par une tradition *réelle*, puis ils les reprennent à titre *précaire*. Une formule de Marculf (1) nous apprend que le donataire avait été investi *per festucam*. Dans un autre recueil : les *Formulæ Antiquæ Alsaticæ* (ch. 1 et 2. p. 401), on voit le donateur, après avoir livré *réellement* la chose donnée au donataire, la recevoir de celui-ci par une *Repræstatio*. Les formules disposent le plus souvent qu'à la mort du donateur, l'Eglise ou le monastère donataires pourront se mettre en possession des choses données sans qu'ils aient recours au juge ou aux héritiers pour qu'ils leur en fassent la tradition. Et s'il en est ainsi, c'est que la tradition réelle avait été faite par le donateur lui-même au moment de l'acte et qu'il avait seulement repris la chose à titre *précaire*.

C'est bien encore la tradition réelle qu'exigeait Britton dans le passage déjà rappelé (2). Il ne faut pas, dit-il en substance, que le donateur ait laissé dans l'héritage donné la moindre chose qui puisse le faire suspecter d'une réticence au moment du don, pas même le *moindre meuble* ni un *membre* de sa famille ou de son *domestique*; « car il convient que nulle presumption puisse être que le donour voile rien retenir ». C'est encore la même exigence de la part des Assises de

(1) L. 1, ch. 13, Canciani, t. I, p. 198.

(2) L. 2, ch. 9, n° 3, de Seisines.

Jérusalem et du Livre de la *Cour des Bourgeois*, aux passages déjà cités.

Il est vrai que la Coutume de Champagne semble admettre comme suffisante la tradition *civile* consistant dans le fait, par le donateur, de posséder comme fermier du donataire ; car elle n'annule la donation qui n'a pas été suivie de tradition, qu'autant que le donateur « ne paie loyer ni nulle redevance à celui à qui aura fait le don » (1). Mais remarquons qu'elle impose comme condition préalable un *investissement* du donataire par justice, précédé d'un *dessaisissement* du donateur dans la même forme. « Il faut, y est-il dit, que le donateur s'en déveste par justice et l'en revête par justice » (2). Or cette double nécessité de l'investissement par justice et de la tradition feinte jointe à ce que le donateur ne conserve la jouissance de la chose donnée qu'à titre onéreux, s'accorde pleinement avec les idées que nous croyons être le fondement de la nécessité de la tradition. Grâce à ces conditions multiples, la dépossession du donateur est aussi complète, son intention aussi manifeste que s'il avait fait une *tradition réelle*.

Ferrière et Ricard disent bien, eux aussi, que la *tradition réelle* a précédé la tradition *feinte*. « Dans l'ancienne Jurisprudence, dit Ferrière (3), la véritable tradition était nécessaire, mais depuis on inventa les traditions feintes ». Et Ricard, au n° 915, écrit : « La rétention d'usufruit et le constitut ou précaire (ont été) introduits par le droit romain pour les traditions par voie feinte et pour équipoller à la tradition par voie réelle, à l'effet de donner l'accomplissement à la donation ».

(1) Art. 44.

(2) Art. 44.

(3) Sur l'art. 273, n° 11, Cout. de Paris.

Il nous semble donc établi que chronologiquement la tradition *réelle* a précédé la tradition *feinte*.

Nous avons vu que Pothier divisait les Coutumes en trois classes au point de vue des *modes* de tradition.

A la première classe appartenaient les Coutumes de Chaumont en Bassigny (art. 76), de Vitry-le-François (art. 111), de Reims (art. 231), de Laon (art. 53 et 54), de Sedan (art. 109). Outre l'*ensaisinement*, elles exigeaient une tradition *réelle*.

La seconde classe comprenait la Coutume de Senlis (art. 212), de Gerberoy (art. 88), de Clermont-en-Beauvoisis (art. 127), de Valois (art. 130). Elles n'exigeaient que la *tradition réelle* sans l'*ensaisinement*.

Ces deux premières classes de Coutumes étaient comprises sous la dénomination commune de Coutumes de *saisine* et de *nantissement*.

La plus grande généralité des Coutumes, celles qui se contentaient de la tradition *feinte* et représentaient le droit commun sur ce point, composaient la troisième classe : l'article 275 de la Coutume de Paris portait : « Ce n'est *donner et retenir* quand l'on donne la propriété d'aucun héritage, retenu à soi l'*Usufruit* à vie ou à temps, ou quand il y a clause de *Constitut* ou *Précaire*, et vaut telle donation ». Les Coutumes d'Etampes (art. 46), Dourdan (art. 93), Montfort-l'Amaury (art. 153), Orléans (art. 284), de Normandie (art. 446), contenaient la même disposition.

Un certain nombre de Coutumes, parmi lesquelles la Coutume de Châlons (art. 64), par exemple, ne parlait que du *précaire* et de l'*usufruit*, mais à titre d'exemples seulement. Enfin d'autres Coutumes, celles de Bourbonnais (art. 214), Blois (art. 169), Troyes (art. 137), Melun (art. 231), etc., ne font mention que de la tradition *feinte* par *Rétention d'usufruit*.

En définitive, la tradition feinte était le droit commun des pays coutumiers, au moins comme principe.

Une double question se pose ici.

1° Dans les Coutumes qui admettaient le principe de la *tradition feinte*, en reconnaissant comme suffisants *un* ou *plusieurs* modes de tradition feinte, mais sans les énumérer tous, fallait-il, par application du principe posé, admettre aussi les modes qui n'avaient pas été énoncés dans le texte ou au contraire les rejeter? En un mot, l'énumération dans chaque Coutume, des modes admis de tradition était-elle *limitative* ou simplement *énonciative*?

2° Le fait, par une Coutume, d'exclure un mode déterminé de tradition feinte devait-il, comme conséquence, emporter l'exclusion de tout autre mode?

La seconde question doit être résolue affirmativement. C'est pour ce motif que dans la Coutume de Senlis qui rejetait nommément la tradition par voie de rétention d'usufruit, sans parler des autres modes, tous les modes quelconques étaient par là même prohibés. (V° Ricard, n° 944).

Sur la première question, Ricard (Donat., n°s 940 et 942) se décidait pour le second terme de l'alternative, et dès l'instant qu'un ou plusieurs modes de tradition feinte avaient été acceptés par une Coutume donnée, il en concluait que tous les autres étaient licites, tous ceux au moins qui étaient reconnus par le droit romain. Il donnait pour raison de sa décision que les Coutumes avaient voulu dispenser les parties de la tradition réelle et reproduire une disposition romaine.

Auroux des Pommiers (sur l'article 213, n° 1. Coutume de Bourbonnais), nous dit aussi que dans les Coutumes qui n'admettaient nommément qu'un mode de tradition feinte, la rétention d'usufruit, par exemple, il fallait pareillement admettre le *Constitut* et le *Précaire*.

Ferrière (sur l'article 275, n° 30, Cout. Paris) et Pothier (Donat., sect. 2, art. 251) se contentent de la

réten tion par le donateur à titre de *ferme* ou de *loyer*, de l'héritage donné. Pothier rattache ce mode de tradition feinte au *Constitut possessoire*, à juste titre semble-t-il, de sorte qu'il n'y aurait pas ici, à vrai dire, d'extension des modes de tradition feinte admis par la Coutume.

Buridan (sur l'art. 229 de la Cout. de Reims, n° 15) reconnaissait comme tradition feinte suffisante, le fait par le donateur de remettre les *clefs* au donataire qui, au *vu* et au *su* du premier, se met en possession de la maison donnée et admettait enfin, comme également suffisante, la remise, par le donateur au donataire, des titres de propriété.

Ces solutions de nos deux questions nous semblent également logiques. Il était rationnel que pour les Coutumes qui, sans poser d'une manière absolue le principe de la *proscription* de toute tradition feinte, ne procédaient que par voie d'exemple et rejetaient seulement un mode donné, comme faisait la Coutume de Senlis pour la réten tion d'usufruit, les commentateurs, remontant de cette application spéciale au principe même, l'admissent dans toute son étendue et rejetassent *toute voie feinte*. Aussi bien, étaient-ils conduits à cette conclusion par l'éloignement que leur inspirait, pour le principe même des traditions civiles, leur respect pour les conditions d'appauvrissement et de privation du donateur, considérées par eux comme constitutives des donations entre-vifs.

Toutefois, à défaut de la décision expresse des auteurs sur la Coutume de Senlis, nous aurions pu hésiter à rejeter, pour cette Coutume et toute autre reproduisant la même disposition, tout mode autre que la réten tion d'usufruit. C'est là, en effet, le mode qui atteint le moins sensiblement le donateur, et l'on aurait pu dire que les autres modes, tels que la réten tion à titre précaire, ou à charge par le donateur de

payer un fermage ou loyer au donataire, etc., imposant au donateur un appauvrissement, une privation bien plus pénibles, et satisfaisant au caractère de certitude que doit revêtir toute tradition, dans une mesure aussi grande que la rétention d'usufruit, on aurait pu conclure, disons-nous, que tous ces modes pouvaient être admis, puisqu'ils n'étaient pas formellement exclus par la Coutume. Nous aurions pu tirer cette conclusion, malgré la résistance de l'esprit coutumier à admettre les traditions feintes, parce que nous sommes à une époque (fin du xvi et xvii^e siècle), où, nous le verrons, la maxime *Donner et Retenir ne vaut* est tournée à la protection d'un intérêt tout autre que celui qu'elle défendait dans les temps primitifs. D'autre part, les auteurs persuadés, à cette époque, qu'ils avaient trouvé, pour la protection de cet intérêt nouveau, dans un principe nouveau lui-même, celui de l'*Irrévocabilité*, un moyen très suffisamment efficace, devaient se montrer moins sévères à l'endroit des modes de tradition feinte, autres que la rétention d'usufruit.

La décision des auteurs sur la coutume de Senlis nous conduit à une double conséquence.

1^o De ce qu'une coutume proscrivant la rétention d'usufruit, proscrie par là-même tout autre mode de tradition feinte, nous pouvons certainement conclure par *a fortiori* que dans les Coutumes où l'exclusion porte sur un autre mode que la rétention d'usufruit, ce dernier mode doit être proscriit nécessairement, car il est moins pénible à coup sûr pour le donateur.

2^o Ce sera *a pari* que de l'exclusion, par une Coutume, d'un mode déterminé de tradition feinte, autre que la rétention d'usufruit, nous aurons le droit de conclure à la proscription de tout autre mode de tradition civile et d'affirmer hautement pour cette Coutume le principe de la tradition réelle dans son intégrité; il n'y a pas en effet de raison pour admettre tout autre

mode que celui qui en a été formellement rejeté, si l'on considère surtout la résistance que les auteurs et les Coutumes ont opposée à la pénétration des traditions feintes ou par équipollence. On peut dire de ces Coutumes qu'elles n'éprouvent pas seulement de la répugnance pour ce genre de traditions ; elles opposent une fin de non-recevoir absolue à son introduction et ne font aucune concession à l'esprit romain. Les seules dispositions prohibitives qu'elles contiennent sur la question ne se référant qu'à des modes de tradition feinte, qui offrent cependant une garantie plus grande que la rétention d'usufruit, on ne voit pas pourquoi elles admettraient d'autres modes qui ne sont pas plus dangereux que le mode textuellement exclu. La préférence certaine et exclusive pour la tradition réelle s'impose ici souverainement. On ne peut donc plus ici, comme dans le cas de la mention de la seule rétention d'usufruit, hésiter à généraliser l'exclusion.

§ 3. — TRADITION FEINTE DES MEUBLES

Sur l'application de la tradition feinte aux donations de meubles, la plupart des Coutumes étaient muettes ; ou plutôt quand elles parlaient de tradition feinte, c'était d'une manière générale et sans distinguer s'il s'agissait d'une donation de meubles ou d'une donation d'immeubles. Quelques-unes cependant exigeaient expressément une tradition *effective* des meubles, comme la Coutume de Sedan dans son article 113, ce qui était assez naturel, puisqu'elle avait déjà la même exigence à l'égard des immeubles.

D'autres coutumes (1), dans leurs dispositions sur la tradition feinte, n'en faisaient l'application qu'aux immeubles seuls et par là même l'excluaient en matière de donations mobilières.

Pour ces deux dernières catégories de Coutumes, c'était sans contredit que la tradition feinte devait être repoussée dans les donations de meubles. C'est ce qui semble d'ailleurs résulter *a contrario* d'une décision de Ricard, sur une question voisine, celle de savoir si dans les Coutumes qui admettaient la tradition *feinte* en termes généraux et sans se référer spécialement aux meubles ou aux immeubles, il fallait se contenter de ce genre de tradition pour les donations de meubles ; Ricard trouvait son principe de solution dans ce motif *qu'il convenait de s'en tenir au texte des Coutumes*, qui, n'ayant fait aucune *distinction*, devait être appliqué aux *meubles* aussi bien qu'aux *immeubles*.

La controverse avait été vive sur cette question et le principe de la tradition *feinte* dans son application aux meubles avait été sérieusement contesté. Cette application du principe aux meubles présentait en effet un danger beaucoup plus grave que pour les immeubles et ce danger était double. La vieille règle coutumière : *Les Meubles n'ont pas de suite* avait été la formule adoptée pour repousser la tradition feinte en matière de donations mobilières.

Le danger de l'application aux meubles de la tradition feinte était doublé, disons-nous.

D'une part, en effet, la jouissance ainsi retenue par le donateur sur les meubles donnés pouvait, surtout si elle durait longtemps, en anémier la substance et même l'absorber, au point qu'à son expiration, le donataire n'eût plus à prendre possession que d'une loque

(1) Celles d'Etampes (art. 146), de Montfort-l'Amaury (art. 153).

inutile. Sans doute un danger de ce genre existe pour les immeubles ; le donateur usufruitier pourra ici encore, par sa jouissance, diminuer la substance de l'immeuble donné, mais le danger est beaucoup moins grave que pour les meubles. S'il s'agit, en effet, d'une maison, le donataire nu-propriétaire pourra toujours, en faisant les grosses réparations, conserver son immeuble qui, d'ailleurs, n'est pas aussi périssable qu'un meuble. Le donataire d'un meuble n'aurait pas, lui, cette ressource, à moins de dépenser à la longue, pour la conservation du meuble, autant et plus que sa valeur même. Si l'immeuble donné est un fonds de terre, le donateur usufruitier pourra sans doute, par des soins inintelligents ou des jouissances abusives, en consommer en partie la substance, mais jamais absolument. D'ailleurs, en supposant, ce qu'il faut faire, un usufruitier jouissant en bon père de famille, il est certain que, toutes choses égales, les meubles sont bien plus périssables que les immeubles.

Le second danger de la tradition feinte, danger qui n'apparaît que pour les meubles, provient de ce qu'ils peuvent être très facilement soustraits ou aliénés par le donateur. « *Les meubles n'ont pas de suite.* » Tel était le principe duquel se réclamaient ceux qui s'opposaient à l'application de la tradition feinte aux meubles. C'est qu'en effet si, grâce à l'influence romaine, cette vieille règle coutumière avait fini par être entamée en partie par l'admission de la *revendication*, outre les cas de perte et de vol, et si, d'autre part, la *prescription acquisitive* des meubles avait été admise par nombre de Coutumes, il n'en subsistait pas moins que les meubles, dont le donataire n'a que la nu-propriété, pouvaient être facilement soustraits à cause de leur mobilité même. Le donataire ne saura où s'adresser pour les revendiquer.

En résumé, si malgré les soins et la jouissance légi-

time du donateur usufruitier, les meubles, à l'extinction de son usufruit, se retrouvaient en nature, ils étaient le plus souvent tellement fatigués que l'usage n'en était plus possible. C'était pour le donataire une perte qu'il devait supporter sans même son recours contre le donateur. Si le meuble périssait par l'abus de jouissance de l'usufruitier, le donataire n'avait contre lui qu'un recours fondé sur l'obligation du premier de jouir en bon père de famille, recours souvent illusoire et qui, dans tous les cas, même s'il mettait un équivalent dans la main du donataire, ne lui donnait jamais le corps *matériel* objet de la donation, ainsi que le comportaient cependant les principes. Si enfin le meuble avait été aliéné par le donateur, deux actions compétaient bien au donataire, l'une en *revendication*, l'autre en *répétition* contre le donateur, mais toutes deux également impuissantes trop souvent. On aperçoit assez combien, dans ces différents cas les vieilles idées sur la privation que doit s'imposer le donateur étaient contrecarrées par l'application des traditions civiles aux donations mobilières.

Pour parer aux inconvénients résultant de l'effacement des anciens principes, les auteurs supplèrent aux Coutumes en imposant la nécessité de l'inventaire dans les donations de meubles. (Ferrière, n^{os} 8-10 sur l'art. 273, Cout. Paris. Ricard n^{os} 958 et suiv., loco citato). L'ordonnance de 1731, dans son article 15, admet pour tout le royaume la tradition feinte dans les donations mobilières, mais avec le secours de l'état estimatif. L'ordonnance distingue la tradition réelle de la feinte ; la première reste toujours le principe.

Le Code civil, lui, ne parle plus de tradition, ni réelle ni feinte ; il n'exige plus de tradition. Au surplus, elle est le résultat immédiat de la donation. Nous avons déjà expliqué comment nous comprenons les articles 938 et 949. Les rédacteurs du Code se sont fait de la

libéralité une idée beaucoup moins élevée sans doute que l'ancien droit n'avait fait, mais une idée à coup sûr plus juridique. Ils n'exigent plus, comme le voulaient les anciens principes, la communication intégrale au donataire de la chose *matérielle*, objet de la donation; ils se contentent d'un droit *quelconque* portant sur un objet *quelconque* comme matière d'une véritable libéralité, et la donation de la nu-propriété d'un meuble est dans leur pensée suffisamment empreinte de l'esprit de libéralité. Ce changement dans les idées sur la nature de la donation paraîtra plus sensible encore par la considération suivante. C'est en effet, sans difficulté, que l'article 949 permet de donner simplement la nu-propriété d'un meuble avec réserve d'usufruit au profit du donateur; et cependant le Code civil a restitué la règle ancienne; *Les meubles n'ont pas de suite*. Pas d'action possessoire, pas de revendication pour les meubles (art. 2279) et pas de suite par hypothèque (art. 2119). L'article 950 révèle encore la modification que j'indique, puisqu'il dit formellement que le donataire de meubles dont l'usufruit a été retenu par le donateur, les *reprendra*, à l'expiration de l'usufruit, dans l'*état* où ils *seront*. Le changement devient encore plus frappant, si l'on considère que l'art. 601 dispense de la *caution* le donateur qui s'est réservé l'usufruit de la chose donnée. Ainsi les meubles auront pu être vendus par le donateur usufruitier, il aura pu en abuser, ou même, sans supposer d'abus de sa part, le simple usage en bon père de famille, les aura rendus impropres au service; le donataire pourra ne retrouver à la fin de l'usufruit que des meubles inutiles; il pourra même ne plus les retrouver et en être réduit à une action personnelle contre le donateur, dont il aura à supporter l'insolvabilité. Eh bien! Le Code civil admet sans hésitation toutes ces conséquences, et n'en considère pas moins,

malgré cela, comme donation l'acte qui les comporte.

On peut donc affirmer que la conception primitive de la donation a été abandonnée par les rédacteurs du Code pour une conception plus humaine.

§ 4. — ORIGINE DE LA TRADITION FEINTE

La tradition feinte nous semble venir directement du *droit Romain*. Hormis en effet la Coutume de Champagne qui, dès le ^{xiii}^e siècle, se contentait d'une tradition feinte au moyen d'un bail (art. 104), la tradition réelle est universellement exigée, nous l'avons vu. Et la tradition feinte ne commence à s'introduire qu'au moment de la renaissance du droit romain. Les Coutumes rédigées après cette renaissance admettent généralement ce moyen. Ce n'est pas tout, quelques Coutumes disent formellement qu'elle vient du droit romain : celles de Bourges (rub. IX, art. 2), d'Etampes (art. 146), de Dourdan (art. 93) ; enfin Ferrière et Ricard, Ricard surtout, dans des passages cités plus haut, lui attribuent cette origine. Nous ne voulons néanmoins pas dire par là qu'avant la renaissance des études sur le droit romain, le droit coutumier ait absolument ignoré ce genre de tradition. Non : la pratique des *Precariæ* avait laissé des souvenirs, et sous l'influence d'un changement qui s'opérait à cette époque dans la façon de comprendre la maxime *Donner et Retenir ne vaut* qui allait s'accommoder à la protection d'un intérêt nouveau, et ne s'opposait plus alors directement, comme elle faisait dans la période précédente, à l'admission de la tradition feinte, ces souvenirs mêlés à la connaissance plus approfondie du droit romain, furent

un puissant auxiliaire à la pénétration dans les Coutumes des modes romains de tradition.

Quoiqu'il en soit de l'action des *Precariæ* sur l'introduction des modes de tradition intellectuelle, nous croyons que c'est surtout le droit romain qui a inspiré nos coutumes et les a inclinées à accueillir ce genre de tradition. Des textes viennent au soutien de cette opinion. Ricard se demandant si l'énumération dans le texte des Coutumes des modes de tradition feinte est limitative ou simplement énonciative, déclare qu'il faut accepter tous les modes reçus en droit romain, par la raison que les Coutumes ont voulu s'approprier une disposition romaine (Donat. n^{os} 940 et 642). Et en fait, tous les modes romains de tradition feinte étaient admis, sauf l'unique exception, peut-être, relative à la remise de l'*Instrument* de la donation.

Voici une autre raison de la prépondérance de l'influence romaine relativement à l'accueil par nos Coutumes des traditions civiles. La clause de *Dessaisine-Saisine* avait été presque partout jugée insuffisante pour équipoller à la *tradition réelle*. Or elle avait une origine purement coutumière. Ragueau qui l'avait d'abord admise la rejeta par la suite. « La simple Saisine et Dessaisine, dit-il, faite en présence de notaires et témoins ne suffit pour *tradition de fait* et *prise de possession* comme elle vaut en d'autres matières. » (1)

La Thaumassière, (2) tient le même langage. La seule Coutume d'Orléans, dans son article 278, admet expressément cette clause comme produisant une tradition suffisante, à la condition toutefois que le donateur ait du moins cessé de posséder et que le fait ne

(1) T. 7, art. 1 et 3, Cout. de Berry.

(2) Les anciennes et nouvelles coutumes locales de Berry et de Lorris (sur le Ch. XI, art. 5 de la Cout. de Lorris).

viennent pas démentir la fiction. (V. Pothier sur l'art. 278 Cout. d'Orléans).

L'influence du droit romain quant à l'admission des traditions civiles par nos Coutumes a donc été prépondérante, sinon exclusive.

La part que l'on peut faire au droit coutumier nous semble devoir se restreindre à ceci : Le droit coutumier n'était certainement pas complètement étranger à la notion des *traditions feintes*, à cause des traces laissées par l'institution des *Precariæ*, à cause aussi de l'usage pour toute aliénation à titre non gratuit, des rétentions d'usufruit et constituts possessoires. Le terrain se trouvait en somme en partie préparé pour recevoir les différents modes romains de traditions *civiles* ; mais si aucun autre facteur n'était alors entré en jeu, si aucun agent n'était venu féconder ce terrain, si corrélativement à la faveur renaissante pour les études du droit romain et parallèlement à ces études, une idée nouvelle sur le danger des donations pour les héritiers du donateur et même sur le danger des donations en soi, ne s'était dégagée peu à peu dans le droit coutumier et n'était venue modifier le système défensif de ce droit contre les donations, les anciens principes sur la tradition réelle, seraient restés intacts malgré l'influence romaine.

Pour fortifier les preuves apportées déjà à l'appui de la répugnance du droit coutumier à accueillir les *traditions feintes*, rapportons ici l'opinion de Godefroy dans son Commentaire sur l'article 444 de la Coutume de Normandie : « Au fait contentieux, je fais doute de prendre toutes les *traditions feintes* pour *vérités*, si nonobstant icelles, le donateur est trouvé *possesseur* lors de son décès, parce que la disposition de notre Coutume est *expresse* en ce regard. »

Qu'est-ce à dire, sinon que le principe de la tradition réelle est encore bien vivace et qu'il semble bien difficile d'y renoncer. Le même Godefroy (art. 445 de la

Cout. de Normandie) et Denys du Pont (t. XII, art. 169 Cout. de Blois) n'admettaient pas ou tout au moins faisaient difficulté pour admettre, comme équipollant à tradition, le *constitut* établi pour la *vie* du donateur. On le voit donc, les Jurisconsultes défendent pied à pied les anciens principes de la tradition réelle, et sans les deux causes de transformation auxquelles nous faisons allusion plus haut, le droit coutumier n'aurait certainement pas fait un pas vers la tradition feinte.

• Développons ces deux causes ; essayons d'en préciser l'action.

Nous verrons dans une section suivante que le principe d'*irrévocabilité* était connu longtemps avant la 2^e rédaction des Coutumes. Mais il n'avait pas alors la portée compréhensive et les applications diverses qui lui furent reconnues plus tard en matière de donations et ne différait pas de l'*irrévocabilité* dans le sens *ordinaire* et *normal* du mot.

Or, dans le trait de temps compris entre les deux rédactions des Coutumes, une transformation importante s'opéra, qui porta beaucoup moins, nous le croyons du moins, sur la notion ancienne de la donation, dont on continua à faire résider, en principe au moins, la substance et les qualités essentielles dans l'appauvrissement manifeste accompagné de privation effective chez le donateur, et qu'on persista à considérer toujours seulement comme un acte accompli, que sur la façon d'envisager et de comprendre les *dangers* créés par les donations.

L'esprit coutumier, à notre avis, persista longtemps encore à n'admettre comme véritables donations que les libéralités exécutées, car nous verrons que dans un grand nombre de Coutumes, et bien après la deuxième rédaction, aucune *action* ne compétait au donataire contre le donateur à l'effet d'en obtenir le bénéfice.

Le changement qui s'opéra entre les deux rédactions porta donc surtout sur la *tradition*.

Voici quelle avait été, suivant nous, la cause des idées nouvelles qui se firent jour dans ce laps de temps sur la détermination des intérêts que froissaient les donations. Dans cette période, et grâce à l'influence féodale, l'importance des *immeubles* dans le patrimoine des familles avait cru considérablement dans l'esprit des Coutumes et des Jurisconsultes. La théorie sur les *Propres*, cette partie du patrimoine qu'on tendait à immobiliser en quelque sorte, se développa rapidement. Le *Retrait lignager*, le *Droit de Préemption*, le système coutumier de *Succession aux Propres*, le prouvent suffisamment. *La conservation des biens dans les familles* devint un principe très respecté qui domina longtemps l'ancien droit ; la fortune immobilière fut le souci constant des Jurisconsultes qui s'ingénierent à trouver des moyens de la protéger. A cette époque, si proche encore des temps féodaux, où la propriété de la terre entraînait la souveraineté territoriale, c'était beaucoup moins la *valeur pécuniaire* des immeubles que *leur corps même et leur matière* que l'on appréciait. La vente d'un *Propre* mettait bien dans le patrimoine un équivalent, le prix ; mais ce prix c'était quelque chose de mobilier et : *Res mobilis, res vilis*.

L'on comprend dès lors très bien que la donation qui appauvrissait les familles sans aucun équivalent, dût, surtout quand elle portait sur des *Propres*, être considérée comme un véritable danger. Il est tout naturel que les Jurisconsultes et les Coutumes en soient venus à la traiter en ennemie. C'était la famille, encore si fortement constituée à cette époque qui se trouvait frustrée par la donation, de ses biens les plus précieux. On n'osait néanmoins empêcher complètement les donations qui ont toujours été réputées de droit

naturel. En même temps qu'on limitait le droit de disposer par acte de dernière volonté, on entourait les donations entre-vifs d'entraves multiples et de conditions irritantes. La tradition réelle, le dépouillement immédiat du donateur eussent encore à cette époque été sans doute, comme dans les temps plus anciens, le moyen le plus efficace de sauvegarder les intérêts de la famille. Mais à l'époque que nous étudions, les Jurisconsultes crurent trouver, avec quel justesse ! nous le verrons, une absolue garantie de ces intérêts dans la notion qu'ils se formèrent de l'*irrévocabilité*. Ils se persuadèrent aisément pouvoir sans danger se départir de l'exigence formelle de la tradition *réelle*. Ainsi tranquilisés, ils se livrèrent sans crainte à leur engouement pour le droit romain dont ils accueillirent les *traditions feintes*. Cette innovation n'alla pas sans doute sans quelques hésitations au début, sans quelques regrets plus tard ; mais les raisons que nous avons exposées ne l'emportèrent pas moins. C'est à ce moment que la vieille Maxime : *Donner et retenir ne vaut* se complète. Au moment où l'ancien principe de la *tradition* se détend, le principe de l'*irrévocabilité* se précise et se resserre ; et au lieu d'une seule règle inflexible et rigide, deux viennent concourir à la protection des héritiers du donateur. Cette combinaison fut-elle heureuse ? Ce que nous venons de dire fait pressentir que non. Nous en montrerons les vices dans une prochaine section.

SECTION III

De l'Irrévocabilité

§ 1^{er}. — NOTION DE L'IRRÉVOCABILITÉ. — SON DÉVELOPPEMENT. — CONDITIONS

Cette qualité de la donation que nous avons déjà, au début de cette thèse, montrée dans l'épanouissement exubérant de ses conséquences, était au dernier période du droit ancien, devenu un principe nouveau et vraiment original par la portée presque illimitée qu'on lui donnait alors. Mais l'*Irrévocabilité*, dans le sens *normal* avec lequel elle s'applique à toute convention, était, depuis les temps féodaux et même barbares, sinon respectée en fait, du moins reconnue en droit, dans la matière des donations comme dans tout autre contrat. Sur un point même, chose curieuse, l'*Irrévocabilité* dépassait, en matière de donation, son sens *naturel*. Nous voulons parler de la condition résolutoire pour inexécution des charges par le donataire, qui a été très difficilement admise par les auteurs, dans le silence de la convention sur ce point.

Une revue rapide du droit aux différentes phases jusqu'au milieu du xvi^e siècle, époque à laquelle apparaîtrait le sens nouveau et définitif du mot *Irrévocabilité* en matière de donations, va nous montrer partout appliqué le principe de l'*Irrévocabilité* ordinaire.

« Que chacun, dit Charlemagne (1), fasse définiti-

(1) Lois de Charlemagne, ch. 178, t. 1, p. 158.

vement de ses choses ce qu'il entend et qu'il sache que notre autorité lui interdit absolument de faire deux traditions à propos du même objet ». Charlemagne exagère peut-être ici le sens naturel de l'irrévocabilité et cela sans doute sous l'influence du droit Lombard qui, bien avant les Coutumes, avait adopté le fond de la maxime *Donner et Retenir ne vaut*. Il semble, en effet, interdire absolument toute seconde tradition de la même chose par la même personne; or il est certain que la réserve par une partie, dans un *contrat quelconque*, de pouvoir révoquer les effets de ce contrat, pourvu d'ailleurs que cette faculté ne dépende pas du pur caprice de sa volonté, compâtît parfaitement avec la notion *normale* de l'*irrévocabilité*. Mais ce qu'il importe de relever ici, c'est qu'à cette époque ancienne, l'*irrévocabilité* était exigée déjà dans les *donations*, et si sa notion y dépasse l'idée commune de l'irrévocabilité, il faut reconnaître que c'est aussi bien pour les contrats à titre onéreux que pour les donations: rien donc de spécial sur ce point en matière de donation à cette époque.

Louis le Débonnaire, dans un capitulaire déjà cité (1), déclare qu'une donation une fois exécutée par la tradition, ne peut plus être révoquée. Moins anciennement, Bouteiller (Somme Rurale, t. 14 Des Donations), écrit: « Tels dons qui se font entre les vifs ne se peuvent rappeler d'après les Coutumes ».

Beaumanoir, avant lui, disait: « Il y a différence entre les dons qui sont fet en testament et cix qui sont fet hors testament, car il est clerc coze que tout che qui est promis en testament, soient dons ou aumosnes ou restitutions poent être rappelées par celui qui fit le testament ou apeticées ou creues à sa volonté; tant il

(1) Canciani, t. 2. Capitula addita ad legem salicam. Ch. 6, p. 172.

vit. Mais ce ne pot-on fere des dons que on done ou promet hors du testament, car *il les convient à emplir* ». (Cout. de Beauvoisis, ch. 12. de Testam., n° 39).

Enfin, les *Coutumes notoires du Châtelet de Paris* portent : « Une chacune raisonnable, franche personne peut, à son vivant et par manière de don, cession ou donation, faite entre-vifs, irrévocable, ordonner et disposer de son propre héritage, etc. » (N° 143).

Britton, lui aussi, et les autres coutumiers anglo-normands maintiennent fermement le principe de l'irrévocabilité. On lit au L. 2, ch. 5, n° 2, folio 11 : « Est dare rem accipientis facere *cum effectu*, alioquin inutilis erit donatio quæ irritari poterit et revocari : »

L'irrévocabilité est donc déjà à cette époque exigée dans les donations.

Le but des Jurisconsultes d'alors, en prescrivant l'irrévocabilité, a été d'empêcher, dans ces temps de violence, la reprise souvent brutale et injuste, par le donateur ou ses héritiers, de la chose donnée : ce qu'ils ont voulu assurer, c'est le respect dû aux conventions, que des hommes encore barbares devaient être facilement portés à enfreindre, quand leur intérêt les y poussait.

L'irrévocabilité dont il s'agit ici est bien loin de celle qui se développera plus tard dans le droit commun coutumier et qui a pour formule : « C'est *donner et retenir* quand le donateur s'est réservé la *puissance de disposer librement* de la chose donnée ».

Les auteurs que nous venons de citer, Beaumanoir surtout, montrent bien la différence qui existe entre le legs et la donation sous le rapport de la révocabilité. Le legs peut être révoqué au gré, au pur caprice du testateur ; la donation, non. Ils ne s'occupent pas des clauses conventionnelles qui réserveraient au donateur le pouvoir d'anéantir ou restreindre la donation. Celles-là, il les admettent sans difficulté ; leur principe direc-

teur, en tout ceci, c'est en effet la *souveraineté des conventions dans les rapports des parties*, quand d'ailleurs ces conventions n'ont rien de contraire à l'ordre public : « *Convenance loi vaint* » dit Beaumanoir et autre part : « *Il les (les donations) convient à emplir* », exprimant par là cette idée que si les parties sont libres de prendre tels arrangements qu'elles jugent à propos, l'une d'elles ne pourra pas, de sa seule autorité et au mépris de la foi donnée, délier les obligations dont il est tenu, modifier les effets des contrats arrêtés par leur commune volonté. Si donc une donation a été faite sans aucune clause de révocation au profit du donateur, celui-ci ne peut plus rien reprendre de son seul gré ; mais si la donation renferme une telle clause, en vertu du principe : « *Convenance loi vaint* », la donation pourra être dans les termes de cette clause révoquée par le donateur.

Ce principe eut, nous allons le voir, un effet aussi intéressant qu'imprévu : deux caractères spéciaux et à coup sûr exorbitants du droit commun en résultèrent pour l'*irrévocabilité* en notre matière.

D'une part en effet, du moment que *Convenance loi vaint*, pourquoi les parties ne pourraient-elles pas convenir que le donateur pourra à son gré, révoquer la donation, et reprendre la chose donnée ? L'*Abrégé du Livre de la Cour des Bourgeois* va jusque là, et cependant il déclare que la donation doit être *irrévocable*. « Une autre manière de dons, laquelle choze a été faite et ce peut faire, c'est assaver : celui qui donne son héritage le peut donner à son *Rapeau*. Rapeau vaut tant à dire que le don que il a fait, il le peut rappeler et recovrer celui héritage toutes les fois qu'il vodra et par la Court. — Et doit dire enci : Je done mon héritage à mon *rapiau*, par enci que toutes les fois que il me plaira, je le puisse rappeler le don que je li fais doudit héritage. — Et saches que cette manière de don si vaut

tant comme celi qui li aura doné rapele. » Dans le cas où le donateur mourait sans avoir exercé le rapeau, la révocation pouvait encore être faite, mais seulement dans l'an et jour et par les enfants légitimes du donateur. (1^e P., Ch. 35).

Voilà certes une exagération en sens inverse de celle que nous avons relevée dans la signification moderne du mot *irrévocabilité*. Le droit consigné dans le livre de la *Cour des Bourgeois* reste en deçà de la notion *naturelle* de l'irrévocabilité.

Le *donateur* lui-même, *seul obligé*, va pouvoir de sa seule volonté anéantir à un moment quelconque l'obligation qui lui incombait; le contrat est ainsi conclu sous une condition résolutoire *purement protestative de sa part*. C'est là assurément une solution extraordinaire. Voici, croyons-nous, les motifs qui y ont déterminé. Les *Assises* sont d'un temps où les hommes encore près de la barbarie étaient peu soucieux du respect du droit et des conventions. Jean d'Ibelin et les Jurisconsultes du royaume chrétien de Jérusalem s'efforcèrent de leur inspirer le culte de la foi donnée et de restaurer ce principe éternel de la fidélité due aux engagements valablement consentis; ils le répétaient, ce principe, le criaient au milieu de cette société barbare, pour en être enfin entendus. Et par une suite naturelle de ce désir bien légitime de l'inculquer à tous, ils en vinrent, à cause même de l'estime dont il jouissait parmi eux, à le faire primer sur d'autres principes aussi importants que lui-même, sur le principe d'*irrévocabilité* parmi d'autres, et à en exagérer les conséquences.

Nous venons de voir le résultat de l'extension abusive de la règle : *Convenance loi vaint*.

Voici, d'autre part, une application extensive du même principe dans un sens diamétralement opposé. Par le même motif, le respect du même principe qu'ils

s'efforçaient de réveiller chez leurs contemporains, les auteurs du XIII^e siècle, déterminent avec un soin attentif et précis les différentes causes de révocation applicables aux donations pour les cas où la convention ne les mentionne pas. La conséquence extrême du principe eût été, dans ce cas, que, faute par les parties d'avoir prévu ces causes de révocation, elles n'auraient pas dû pouvoir opérer. C'est en effet là la tendance qui se manifeste dans le cas d'inexécution des charges par le donataire. Il est clair qu'ici le principe d'irrévocabilité poussé même jusqu'à ses limites extrêmes, ne devait pas empêcher l'action d'une telle condition résolutoire, qu'il est naturel de presumer avoir été tacitement admise par les parties. Eh bien ! cette révocation pour inexécution des charges par le donataire, Beaumanoir la repousse tout d'abord énergiquement dans le silence des parties, et ce n'est qu'ensuite, après une hésitation réfléchie et avec une vive répugnance qu'il consent à l'admettre comme une nécessité inéluctable et qu'il faut accepter (Livre des Droits, L. 70, n° 13). Au contraire, quand cette faculté de révocation résulte de la convention qui l'autorise formellement, le même auteur l'admet sans aucune difficulté, comme une conséquence logique de la règle : *Convenance loi vaint*. C'est dans ce sens qu'il écrit au n° 321 du Livre des Droits : « Quand aucune possession est donnée à l'Eglise par condicion, le don ne peut pas après ce être rappelé, s'il n'a par aventure été donné par telle condicion qu'il soye rappelé si la condicion cesse ».

C'est encore en conséquence du même principe que les auteurs déterminent avec une minutieuse exactitude les cas de révocation tacite des donations, pour que la pratique, sans doute, ne vienne pas les multiplier au détriment de ce principe, qu'il importe tant à cette époque de maintenir haut et ferme, pour y rallier les hommes. Et les auteurs énumèrent comme causes de

révocation tacite, l'attentat par le donataire à la vie du donateur, les sévices, injures graves (1). Beaumanoir parlant des dons outrageux, dit : « Parole des dons outrageux, qui par reson, ne doivent pas être tenus ; et de cix qui sont à tenir, l'on ne pot ne doit pour nulle raison débatre ».

Le seul motif assez puissant pour incliner les auteurs à établir des dérogations à la règle : *Convenance loi vaint*, dans le silence des parties, est en somme celui tiré de *l'ordre public*, auquel, malgré toute la faveur dont il jouit, est subordonné le premier. « Les dons qu'il ne faut pas tenir, dit Beaumanoir (1), sont ceux qui se trouvent contraires aux lois de *Dieu*, aux *Coutumes*, qui sont faits sous l'empire de *l'ivresse*, de la *folie* ou de la *peur* ». La dérogation, on le voit, ne consiste que dans l'admission comme cause de révocation non prévues par les parties, des clauses contraires aux lois de Dieu ou aux Coutumes ; car en ce qui concerne les autres causes indiquées de révocation, elles découlent naturellement, même dans le silence des parties, de la règle même « *Convenance loi vaint* ».

Nous avons vu dans une précédente section quelle était la rigueur de l'irrévocabilité aux derniers siècles. Nous avons expliqué sous quelles influences s'était transformée et agrandie cette règle. L'idée coutumière de l'importance exclusive des immeubles dans le patrimoine ne devait pas facilement compâtrer avec la pratique des donations. Les Jurisconsultes voulurent les enrayer. Travaillés et sollicités tout à la fois par le désir de protéger les héritiers du donateur et le patrimoine familial contre les donations, d'une part, et d'autre part par leur goût très accusé pour le droit romain, ils se flattèrent de pouvoir sans danger renoncer à la tradi-

(1) Bouteiller. Somme rurale. T. de donat, § Sciendum tamen.

(1) Livre des Droits, ch. 70, n° 4, ch. 6, n° 24, ch. 4, n° 30-33.

tion réelle et donner ainsi satisfaction aux idées romaines; d'autant plus que le droit romain leur fournit l'idée d'irrévocabilité qu'ils acceptèrent avec enthousiasme et développèrent curieusement.

Toutes les fois que le donateur se sera réservé par la donation le pouvoir de disposer *librement* de la chose donnée, il y aura atteinte à l'irrévocabilité et la nullité de la donation s'en suivra.

Recherchons le sens précis que les auteurs donnaient au principe d'*irrévocabilité*.

Nos auteurs coutumiers, uniquement frappés de la différence existant en droit romain entre la donation à *cause de mort* et la donation *entre-vifs*, différence qui consistait en ce que la première était révocable au gré du donateur, tandis que la seconde ne l'était pas, partirent de cette idée conçue *a priori* et sans discussion, que ces caractères inverses étaient essentiels chacun aux donations auxquelles ils s'appliquaient respectivement et ne songèrent même pas à se demander si le principe d'irrévocabilité des donations entre-vifs était ou non absolument exclusif de toutes clauses y dérogeant. Que si cette question se posa par hasard à leur esprit, ils ne s'y arrêtrèrent pas, ne mettant pas un seul moment en doute qu'il fût interdit d'entamer le principe. Par une sorte d'idée préconçue, ils le considérèrent dès l'abord comme un dogme indiscutable. Cette question ne fit donc jamais difficulté.

Ricard (Donat. I, P, n^{os} 1038 et suiv.) le dit formellement : « Personne ne doute, si la condition est *potestative*, c'est-à-dire qu'il dépende de la volonté du donateur d'y donner effet, comme s'il a dit : « *Je donne en cas que je n'aille pas en la ville de Beauvais* » que la donation ne soit *nulle*. » Il parle aussi de la condition *si je me marie* ou *si je prends un office* et les réproouve également. Le principe est que toutes les fois que *librement* le donateur peut, par une clause qui lui

donne ce pouvoir, revenir sur la donation, cette clause est nulle et annule la libéralité dans laquelle elle est insérée. Il semble que le principe devait conduire à annuler en général les donations conclues sous les conditions de ce genre : *Si je me marie avec Jeanne*. Les Jurisconsultes semblent cependant les admettre.

La seule question qu'ils s'étaient posée sur les conditions insérées dans les donations était celle de savoir si le droit romain admettait les conditions *casuelles*. La question fut longuement discutée. La seule circonstance que les Jurisconsultes ont pu se poser sérieusement une telle question est un trait vraiment caractéristique de leur tendance à étendre, sans mesure et par une sorte de parti pris, la portée prohibitive de la règle d'*irrévocabilité*. La raison de cette tendance est, nous l'avons vu, qu'ayant renoncé à la tradition réelle, comme remède aux donations, ils pensaient avoir découvert dans l'irrévocabilité un véritable palladium. Dans cet abus qu'ils font de l'irrévocabilité ils sont, à vrai dire, peu logiques avec la formule dont ils ont revêtu leur principe, car dire que le donateur ne devra se réserver aucun moyen *volontaire* de reprendre la chose donnée, si loin d'ailleurs que l'on pousse l'exclusion de l'action de la volonté, ne peut certainement pas signifier que la donation sera nulle qui contiendra un élément purement aléatoire de révocation. En somme, ce n'était pas là proscrire seulement la révocabilité de la donation ; c'était, ce qui est tout autre chose, rejeter toute résolution quelconque du contrat.

Eh bien ! quelques Jurisconsultes ont été jusque-là et ont exclu des donations toutes conditions même *casuelles*, se fondant sur la loi (I, Dig. de Donat. XXXIX, 5). Ces auteurs ont sans doute mal traduit le mot *proprie* qui s'applique à une donation *pure et simple*. Il est vrai que la majorité des auteurs, Ricard

en tête, combattent ces conclusions et admettent les conditions *casuelles* par le motif, dit Ricard, « que en ce cas, c'est la *condition qui révoque* et non le donateur (n° 1038, loc. cit.) ».

L'ordonnance de 1731 vint consacrer l'avis de Ricard sur les conditions casuelles.

Il est remarquable encore ici que l'influence romaine a dominé les Jurisconsultes, car tous, dans la discussion de cette question, se réclament du droit romain. Il va sans dire que le droit romain admettait les conditions casuelles en matière de donations. La loi 37, § 3 au Digeste, XXXII, 1, montre même qu'il admettait les conditions qui font dépendre la révocation de la volonté du donateur, de sorte qu'en définitive, c'était l'irrévocabilité *ordinaire* des contrats que le droit Romain appliquait aux libéralités entre-vifs.

Ricard, sur les conditions casuelles, admet sans difficulté que cette sorte de condition soit subordonnée à la mort du donateur, « La résolution que nous avons prise, dit-il (1 P. Donat. n° 1046), en ce qui concerne les conditions casuelles, ne doit pas laisser d'avoir lieu, encore que la condition dépende *indirectement* de la *mort* du donateur, parce que, pour juger de la validité d'une donation, nous ne nous arrêtons pas aux termes qui concernent *l'exécution*, mais seulement à ceux qui regardent la *disposition*. Ainsi nous ne révoquons pas en doute, et la Coutume y est expresse, qu'une donation, avec rétention d'usufruit ne soit valable, quoique l'exécution pour la jouissance *des fruits* soit remise après la *mort* du donateur. » Au n° 1039, il admet la *clause de retour* au profit du donateur.

Il résulte des expressions de Ricard une différence remarquable entre l'ancien droit des donations et le droit contemporain de l'*Irrévocabilité* développée. Tandis qu'anciennement, on ne s'occupait que des termes qui concernaient *l'exécution*, la tradition réelle

donnant seule l'existence à la donation, du temps de Ricard au contraire on s'attache surtout à la *disposition*, c'est-à-dire au contrat même de donation, en temps qu'il confère un droit dès lors *irrévocable*.

C'est là un résultat de l'introduction du système des traditions civiles. C'est un progrès sur le droit plus ancien ; mais ce n'est pas encore le droit perfectionné et idéalisé du Code civil sur cette matière. Aujourd'hui en effet, on pousse la distinction beaucoup plus loin et il suffit, pour qu'il y ait dessaisissement et partant donation valable, que le donateur se trouve, par le résultat immédiat du contrat, privé de la faculté d'anéantir ou restreindre, par des dispositions nouvelles, le droit dont se trouve investi le donataire par la donation même. Car dès là que la disposition est *irrévocable*, il y a vraiment donation. Quant à l'exécution de la libéralité, elle peut être rejetée à un délai quelconque, par exemple la *mort* du donateur, ou même ce qui est plus, la *disposition* elle-même, pouvant être conditionnelle, pourra être subordonnée à la condition de *survie* du donataire. Le donateur peut dire : *Je vous donne ma maison A si je meurs avant vous*. La donation est valable en ces termes, car dès actuellement vous avez un droit conditionnel qu'il n'est plus libre au donateur de vous retirer. Et si, sa vie durant, le donateur touche à ce droit d'une manière quelconque, en aliénant par exemple la chose donnée, la rétroactivité de la condition accomplie, détruira dans le passé l'effet des actes qu'il aurait consentis sur cette chose.

Il ressort au contraire du passage de Ricard qu'il n'admet pas aussi largement la condition *casuelle*. L'exemple que prend cet auteur le montre bien. Ce n'est en effet qu'en partie que l'exécution de la libéralité est subordonnée au décès du donateur, puisque la rétention d'usufruit équivaut précisément à tradition

pour la nu-propriété, et quoiqu'il arrive, l'exécution complémentaire aura forcément lieu un jour, soit au profit du donataire, soit au bénéfice de ses héritiers. Au surplus la *disposition* elle-même n'est pas soumise à la condition. Nous admettons au contraire aujourd'hui que la condition de survie du donataire peut affecter non seulement l'exécution, mais la disposition même. Ricard ne pouvait le faire, lui, car immédiatement se dressait l'obstacle de la nécessité de la *tradition* : « *C'est Donner et Retenir* quand le donateur demeure en *possession* jusqu'au jour de son *décès* ».

Il n'y avait pas un parfait accord entre les Coutumes et les auteurs, si ce n'est toutefois dans le dernier état du droit, sur la détermination des clauses interdites par la maxime : *Donner et Retenir ne vaut*.

Nous venons de le constater relativement aux conditions casuelles.

§ 2. — CHARGE DES DETTES

Tandis que plusieurs coutumes, celles du Bourbonnais (212), du Nivernais (Ch. XXVII, art. 3), d'Auvergne (Ch. XIV, art. 19), annulent la donation faite à charge par le donataire de payer les dettes que le donateur laissera à son décès, Charondas le Charon soutient à la fin du xvi^e siècle (1) qu'une telle donation n'est pas contraire à l'esprit de la Maxime. Il invoque à l'appui de son opinion, le silence de la Coutume de Paris sur cette question et corrobore sa décision de l'autorité de plusieurs arrêts des parlements et notamment d'un arrêt rendu le 18 janv. 1596.

(1) Mémorables observations du droit français, V. Donat.

Ferrière (1), Godefroy (2) et Ricard (3) décident la nullité de la clause et de la libéralité qu'elle affecte. Ricard, après avoir nettement posé l'*irrévocabilité* comme la *substance* même de la donation (n° 970) ajoute au n° 1027 « qu'il n'a jamais vu une raison considérable alléguée dans le sens *contraire* » et fonde son opinion sur « ce qu'il n'y a rien de plus contraire à l'irrévocabilité et à la *certitude* nécessairement requises pour rendre valable une donation entre-vifs, que la liberté d'en pouvoir disposer par le donateur et la pouvoir réduire à néant par la création d'autant de dettes qu'il lui plaira. » « Et n'est-ce pas là, continue-t-il, une véritable marque de la donation à cause de mort que de ne vouloir pas quitter absolument par le donateur la faculté de disposer de la propriété de la chose donnée et de ne s'en pas dépouiller aussi bien que ses héritiers ? » L'ordonnance de 1731, dans son article 16, ratifia la décision de Ricard. Cette décision est certainement conforme à l'esprit de la Maxime : *Donner et Retenir ne vaut*. On comprend en théorie générale qu'il suffise, pour qu'il y ait donation, qu'un droit quelconque soit conféré, *même* sous une condition *simplement* potestative de la part du donateur. Mais la notion de la libéralité, quelque restreinte qu'on la conçoive, ne serait évidemment plus satisfaite, s'il était libre au donateur de détruire, par la faculté illimitée de faire des dettes, qu'acquitterait ensuite le donataire, la gratuité même de la donation. Une telle clause n'est pas seulement contraire à la Maxime, elle est encore *exclusive* des caractères essentiels de toute libéralité, à savoir l'appauvrissement sans équivalent du donateur. — De plus, la faculté indéterminée de contracter des dettes

(1) Sur l'art. 274, n° 17, Cout. Paris.

(1) Sur l'art. 444, Cout. Normandie.

(1) Loc. cit. n°s 970 et 1027.

que devrait ensuite acquitter le donataire, crée au sujet de la consistance définitive de la libéralité, une *incertitude* inconciliable avec l'idée même de donation. Ricard, dans le passage transcrit plus haut, donne cette raison. Que la donation soit d'un avantage révocable sous certaines conditions, on le comprend, mais qu'elle soit du moins d'un avantage fixe, déterminé.

Une expression nous frappe dans le passage de Ricard. Ce Jurisconsulte y dit que la clause qui mettrait à la charge du donataire les dettes que le donateur laisserait à son décès « est contraire à l'irrévocabilité et à la *certitude* nécessairement requises pour rendre valable une donation entre-vifs. » Ainsi, d'après Ricard, la certitude est aussi impérieusement exigée dans ces donations que l'irrévocabilité même. Etant donné que la gratuité est un caractère essentiel de la donation et d'autre part qu'à raison même de ce caractère, des intérêts nombreux peuvent se trouver froissés et déçus, les anciens auteurs ont exigé avec juste raison, pour pouvoir considérer une donation comme valable et comme opposable au donateur et à ses héritiers, que l'intention généreuse du donateur ne pût être révoquée en doute, qu'elle fût manifeste et ressortît en quelque sorte de la libéralité elle-même. A l'époque où nous sommes arrivés, la tradition réelle n'est plus absolument exigée; c'est l'irrévocabilité qui, dans la pensée du temps, la remplace, en partie du moins. A une époque plus ancienne, la certitude de l'intention libérale chez le donateur était également requise, on l'a vu, et la *tradition réelle* en avait été considérée comme l'indice le plus authentique. A partir du xvi^e siècle, l'*irrévocabilité* qui prenait en quelque sorte la succession de la tradition réelle comme moyen préventif et défensif contre les donations, dut avoir le même office qu'anciennement la tradition réelle, c'est-à-dire fonder la même *certitude* sur l'intention libérale du donateur. A un autre point de vue encore

l'irrévocabilité succédait à la tradition réelle : comme elle, elle opérait le dépouillement, l'appauvrissement du donateur.

En définitive, toutes deux répondirent, en des temps différents, aux mêmes besoins.

§ 3. — DE LA RÉSERVE PAR LE DONATEUR DE DISPOSER
D'UN EFFET COMPRIS DANS LA DONATION OU D'UNE SOMME
FIXE A PRENDRE SUR LES BIENS DONNÉS. — DE LA
CHARGE D'EXÉCUTER LE TESTAMENT DU DONATEUR.

Ricard sur ce point dit (Donat. 3 P., n° 742 et suiv.) :
« Le fondement de cette résolution (l'inexistence de la donation en ce qui concerne les objets dont le donateur s'est réservé de disposer) est facile à établir, puisqu'il résulte des premiers principes des donations entre-vifs, que nous avons fait voir ne pouvoir subsister avec cette faculté absolue et dépendante purement et simplement de la volonté du donateur de révoquer la donation pour le tout ou partie, quand il lui plaira. »
L'opinion de Ricard fut ratifiée par l'article 16 de l'ordonnance de 1731.

Dumoulin (1) et Godefroy (2) n'admettaient pas la donation faite à la charge, par le donataire, *d'accomplir le testament* du donateur. D'autres auteurs, le Caron (3)

(1) Sur l'art. 160, Cout. Paris.

(2) Sur la Cout. Normandie.

(3) Sur la Cout. Paris.

et Chopin (1), s'appuyant sur l'autorité de quatre arrêts de Parlements, considéraient au contraire une semblable donation comme valable.

Il est de toute évidence que leur solution est contraire à l'esprit des Coutumes; car en définitive le donateur conserve le pouvoir de réduire la donation, qu'il soumet à une condition simplement potestative de sa part. Nous disons *simplement potestative* et non *purement*, car l'incapacité de tester ou d'autres circonstances peuvent mettre le donateur dans l'impossibilité de disposer.

Certains des auteurs qui admettent la validité de la donation affectée de la clause qui nous occupe, sentent bien la contradiction de leur opinion avec l'esprit coutumier. C'est ainsi que Guénois, un partisan de cette opinion, dit qu'il s'y rallie : « Bien que par Coutume de Paris soit expliqué qu'est-ce que donner et retenir. » (2) Quel peut être le motif d'une solution aussi opposée à l'esprit des Coutumes? Ne pourrait-on pas dire qu'ici encore, comme en bien d'autres cas déjà signalés, ces auteurs ont subi la fascination du droit romain et que le souvenir de la faveur dont jouissait, à Rome, la faculté de tester les a entraînés sur ce point? Ce n'est là qu'une conjecture. Cette explication ne saurait d'ailleurs s'appliquer qu'au cas où la Coutume ne limiterait pas à une certaine partie des biens la faculté de disposer par testament, comme faisait la Coutume d'Auvergne qui la fixait au quart des biens. La faculté de tester étant dès lors indéterminée, pourrait aboutir à l'anéantissement complet de la donation entre-vifs. Dans le cas au contraire où la faculté de tester est limitée, il est facile de comprendre

(1) Sur la Cout. d'Anjou. L. 3, p. 422, n° 12.

(2) Sur Imbert, Enchiridion V° Donner et retenir ne vaut.

pour le surplus, la validité de la donation, l'autre partie n'y étant définitivement pas comprise et devant nécessairement revenir aux héritiers du donateur au cas où il n'en aurait pas disposé.

Un système mixte sur notre question était appliqué en Auvergne. Dans son commentaire sur le Coutume de cette province, qui avait limité au $\frac{1}{4}$ des biens la faculté de disposer par testament, Guy-Coquille reconnaît la validité de la donation dont une clause imposait au donataire la charge de payer les legs et les funérailles du donateur. En ce qui concerne les frais funéraires, il ne faut voir là qu'une simple charge qui ne peut vicier la donation, cela va de soi. Mais il n'en est plus de même en ce qui concerne l'obligation pour le donataire de payer les legs du donateur. Dans ce cas, la règle *Donner et Retenir ne vaut* semblerait bien devoir reprendre son empire. Eh bien ! malgré cela, Guy-Coquille valide la donation, dans la Coutume d'Auvergne, l'une des plus fermement attachées cependant à la Maxime. Comment donc expliquer cette apparente inconséquence ? Voici peut-être ce que l'on peut dire pour la justification de cette Coutume.

Une chose tout d'abord certaine, c'est que cette Coutume faisait grand cas de la faculté de tester ; c'était au point qu'admettant en principe, comme nous le verrons, les donations de biens à venir, elle les déclarait nulles quand le donateur ne s'était pas réservé quelque bien pour en disposer par *testament*. Ricard le dit : « En Auvergne, la Coutume est conforme à la dernière interprétation du droit civil, à cause de la proximité de cette province avec les provinces qui en ont retenu l'usage. » On y admet « que la donation entre-vifs de tous biens présents et à venir ou de partie, retenu certaine somme de deniers ou partie desdits biens, pour le donateur en disposer à son plaisir et volonté, est bonne et valable. » C'est donc sa proximité

des provinces de droit écrit qui a conduit la Coutume d'Auvergne à admettre les donations de biens à venir. Cette même proximité n'aurait-elle pas aussi permis la pénétration des idées romaines sur le testament ? Ceci posé, on comprend fort bien que, tout en repoussant l'idée romaine de la création des héritiers par la seule volonté de l'homme, la Coutume d'Auvergne ait cependant retenu, de la grande faveur dont jouissait à Rome et dans les pays de droit écrit le testament, cette idée que la faculté de tester est une *faculté d'ordre public*, et dont personne ne peut, par aucun moyen, se départir. Nous voici dès lors en présence de deux principes également respectables, le principe de l'*irrévocabilité* et celui de l'*inaliénabilité de la faculté de tester*. Entre ces deux principes, la Coutume ne pouvant choisir et admettre l'un à l'exclusion de l'autre, fut amenée à faire à chacun sa part. Elle exigea que dans tous les cas le donateur se réservât la faculté de tester, et limita au quart des biens la valeur réservée à l'exercice de cette faculté. Il n'y eut pas, remarquons-le bien, conflit dans l'esprit de cette Coutume entre ces deux principes ; il n'y eut pas davantage inconséquence dans leur co-existence. Il s'opéra seulement entre les deux principes rivaux une combinaison harmonieuse, sans que l'un d'eux fût immolé à l'autre. D'une part, en effet, le donateur, s'il doit se réserver de quoi tester, ne le peut que pour une *part limitée dans ses biens*, pour une *quotité*. D'autre part on ne peut pas dire que le donateur *donne et retient* en insérant dans la donation la réserve de la faculté de disposer par testament ; on ne peut pas le dire, parce qu'en ce faisant, il obéit tout simplement à une condition imposée par la coutume à la validité de la donation. Ce n'est pas lui, si tant est que ce soit là *donner et retenir*, qui retient en donnant. C'est la *Loi*. Enfin, si l'irrévocabilité est exigée, c'est, nous l'avons vu, pour une large part, afin de manifester

l'intention généreuse du donateur ; or, ici, cette intention libérale se manifeste pour le tout, même pour le quart ou la fraction de ce quart dont le donateur se réserve de disposer par testament, puisque précisément il ne peut renoncer à cette faculté qu'il se ménage pour remplir le vœu de la loi. Cette réserve n'est pas l'œuvre de sa volonté et ne peut en conséquence jeter sur son intention libérale ni incertitude ni doute. Il en résulte alors une sorte de présomption que la donation vaut pour le tout. Si le donateur use de la faculté réservée, la donation ne vaut que pour le surplus, le *disponible*. S'il n'en use pas, il affirme par là même plus évidemment encore son intention, qui n'était d'ailleurs pas douteuse. C'est pour cette raison que si le donateur n'exerce pas la faculté qu'il s'est réservée, la quotité dont il n'a pas disposé nous semble devoir revenir au donataire, et non pas aux héritiers du donateur, comme il arriverait dans cette Coutume spécialement, au cas où la faculté de disposer portant sur un *objet certain* ou sur une *qualité déterminée*, n'aurait pas été exercée par le donateur. Cette différence s'explique ainsi : nous avons dit tout à l'heure qu'il existait une présomption de libéralité chez le donateur relativement à la *quotité* dont il s'était réservé de disposer par testament. On ne saurait raisonner de même au cas où la réserve porte sur un *corps certain* ou sur une *qualité*. Cette circonstance vient en effet combattre la présomption, parce qu'il est alors permis de croire, en raison même de cette détermination précise de l'objet de la réserve, que ce sont justement les caractères et les qualités de cet objet, qui ont incliné le donateur à se ménager le droit d'en disposer. On ne peut donc plus soutenir que le seul but du donateur a été de satisfaire à un vœu de la loi.

Ricard, sur la valeur de la clause qui nous occupe, suivait un système intermédiaire, analogue à celui que

nous venons d'exposer pour la Coutume d'Auvergne. Il admettait la validité de la donation contenant au profit du donateur la réserve de la faculté de disposer par testament, et à la charge du donataire l'obligation d'acquitter les legs. Mais en revanche, il imposait à la faculté de disposer une limite *facilement déterminable*. S'inspirant des effets de la disposition improprement appelée aujourd'hui substitution *de eo quod supererit* ou *de residuo*, il s'en remettait à l'appréciation d'un *homme de bien* pour déterminer la limite de la faculté de disposer réservée par le donateur. C'est encore ici pour les motifs exposés plus haut, c'est-à-dire la facilité de fixer une limite à cette faculté et la circonstance que la disposition porte sur des quotités qui, sans doute, a conduit Ricard à admettre ce système.

Tandis que Claude le Caron, commentant la Coutume de Péronne, disait sur l'art. 109, n° 8 : « Si le donateur réserve la faculté de pouvoir vendre en cas de nécessité, etsi tradita fuerit possessio, la donation ne vaut », et repoussait absolument cette réserve comme attentatoire au principe de l'irrévocabilité, Charondas le Charon (sur les art. 273-275, Cout. Paris), l'admettait non seulement pour le cas *de nécessité*, mais même pour *tout autre cas*; « *ou autrement* », dit-il. Il ajoutait, il est vrai, ce correctif à ce qu'avait de trop absolu son opinion : « Si le donataire demeurerait en possession et n'avait été ladite clause exécutée ». Mais il est clair que ce tempérament n'empêche pas que la donation ne soit soumise à une *condition potestative* du donateur.

Buridan (sur l'art. 229, Cout. de Reims, n° 2), déclarait la donation valable pour le cas où la condition était la *seule nécessité*. Il considérait cette clause comme *conditionnelle*. On aurait pu, en effet, accueillir la donation dans l'hypothèse où la réserve était restreinte au cas de nécessité, si d'ailleurs le besoin du donateur

avait dû ou pu être constaté, et son étendue appréciée comme pour la donation à charge d'exécuter les legs, *arbitrio boni viri*. On eût été alors certain que l'intention libérale du donateur s'étendait à l'ensemble de la donation, et l'événement du besoin eût été ainsi celui d'une condition purement *casuelle*.

Mais cette appréciation nous semble bien délicate, pour ne pas dire impossible. C'est pour cela qu'en définitive cette condition devait être rejetée des donations, ainsi du reste qu'elle l'a été plus tard et par tout le monde (1). Aussi bien, dans la donation ainsi formulée : Je vous donne tel bien, mais je reste le maître de le vendre en cas de nécessité, il y a, à vrai dire, deux conditions distinctes : 1° Celle de la *Nécessité*. 2° Celle de la *Vente*. Or, la réalisation de la première est complètement subordonnée à la volonté du donateur qui peut faire naître ou non la nécessité, et la seconde relève également de sa seule volonté, on peut le dire, à cause de l'indétermination de l'acheteur. Que si l'on objectait, au soutien de l'opinion de Buridan, que l'expression de nécessité est précise et ne laisse aucun doute sur la manière dont doit se réaliser la condition, il n'en resterait pas moins que l'événement de la nécessité est au pouvoir du donateur et que celui-ci en somme se préfère au donataire, ce qui est contraire à l'esprit de libéralité.

§ 4. — BIENS A VENIR

La question de validité des donations de *biens à venir* divisait, elle aussi, les Coutumes et les Juriscon-

(1) Pothier. Donat., sect. 2, art. 2, § 3.

sultes. Ce genre de disposition était admis par les pays de droit écrit qui observaient la législation romaine dans son dernier état. Les deux fins de non-recevoir que nous allons voir se dresser contre une telle donation en pays coutumiers, n'existaient pas dans les pays où l'on suivait le droit civil. D'une part, en effet, la *Tradition* n'était pas exigée en droit romain, même avant Justinien ; et d'autre part, l'*Irrévocabilité* n'avait pas été regardée dans le Midi comme essentielle, mais seulement comme *naturelle* à la donation. C'est ce que dit Chopin (sur la Cout. d'Anjou, L. 2, ch. 2, T. 4 in fine) : « Il est notoire que la donation et rétention des choses données ne vaut par nos Coutumes, auxquelles le droit civil est différent, et les terres de France qui se gouvernent sous icelui ». Telle était la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, notamment : les donations de biens à venir y étaient admises à la condition pourtant que le donateur se fût réservé quelque chose pour pouvoir tester. Cette exigence était d'ailleurs très anodine ; la réserve du 1/20^e des biens ou même de cinq sous suffisait (1). Ce serait une erreur de croire que les donations de biens à venir fussent prohibées par toutes les Coutumes où s'appliquait la règle *Donner et Retenir ne vaut*. Parmi les Coutumes comme parmi les auteurs, les uns répudiaient ce genre de donations en principe, et sauf le cas où elles étaient insérées sous le nom d'*institution contractuelle*, dans un contrat de mariage ; les autres le rejetaient dans tous les cas et sans distinction, d'autres enfin les admettaient toujours, sous certaines restrictions cependant.

1^o Coutumes qui *rejetaient* toujours la donation de biens à venir, *sauf* en contrat de mariage.

La plupart des Coutumes et des auteurs tenait pour

(1) V^o Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731 et Guy. Coquille sur la Cout. du Nivernais, T. de Donat., sect. 4.

ce système qui s'appuyait sur l'impossibilité d'effectuer pour de telles donations les deux traditions *de fait* et *de droit*.

Quant à la tradition de fait, comment en effet l'appliquer à des biens à venir? « Quia rerum quæ nundum sunt nulla fieri potest traditio ». Telle est la raison que donne Cujas de cette impossibilité (Ad leg. 35, Code Donat.).

La tradition de droit n'y est pas moins inapplicable. Comment, en effet, le donateur pourrait-il être dessaisi, dès l'instant de la donation, d'un droit qu'il n'a pas encore lui-même? Et la faculté qu'aurait le donateur d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens, de conserver ou d'aliéner les biens par lui acquis n'est-elle pas éminemment contraire au principe d'irrévocabilité? C'est ce que dit Ricard au n° 1001 (Donat., 1 P.).

Auroux des Pommiers, sur l'article 210 de la Coutume du Bourbonnais, n° 1, donne les mêmes raisons.

Nous avons vu, au sujet des conditions casuelles, que Ricard (n° 1046), distinguant déjà dans les donations la *disposition* de l'*exécution*, c'est-à-dire l'engagement irrévocable d'une part, et d'autre part la communication au donataire du bénéfice de la libéralité par la tradition, déclare que, pour juger si une donation soumise à une condition dépendant indirectement de la mort du donateur est valable, il ne faut s'attacher qu'aux termes qui concernent la *disposition*. Dès que celle-ci est irrévocable, la donation est valable, bien que l'exécution en soit remise à la mort du donateur.

A s'en tenir rigoureusement aux expressions de Ricard, on serait tenté de conclure que l'exécution pouvait, d'une manière générale, être remise à la mort du donateur, et qu'en conséquence, la fin de non-recevoir tirée contre les donations de biens à venir de la nécessité de la tradition, n'était pas admissible; mais la règle que le donateur ne doit pas être en possession

des choses données au moment de sa mort nous aurait mis en garde contre cette conclusion, quand même Ricard n'aurait pas, grâce à l'exemple qu'il donne ensuite, celui d'une donation avec rétention d'usufruit, montré qu'il fallait interpréter moins littéralement sa pensée. Il résulte de ce correctif que si l'exécution peut être remise à la mort du donateur, ce n'est pas l'exécution complète de la donation, mais simplement en quelque sorte l'exécution relative à une partie seulement de la chose donnée, c'est-à-dire, dans l'exemple qu'il donne, la communication au donataire de la *jouissance des fruits*. Ricard est donc logique avec lui-même, quand il donne pour première raison de son refus de valider les donations de biens à venir, que dans une semblable donation, la *tradition de fait* est impossible, puisque, la qualification même de ce genre de libéralité le marque assez, ce n'est que la consistance dernière du patrimoine du donateur à son décès qui sera la matière de cette tradition.

Patou, sur la Coutume de Lille (t. 5, art. 1, Gl. 2, n° 11), est, avec Ricard, un des rares Jurisconsultes qui comprennent qu'il y a une certaine *irrévocabilité* dans la donation de biens à venir, irrévocabilité du titre, qu'il juge même suffisante quand il dit : « Rien n'empêchant ici de donner entre-vifs et de retenir en même temps le domaine et la possession des choses données, pource que d'ailleurs la donation soit *irrévocable*, comme est *celle des biens qu'on livrera à sa mort*. »

Les termes dans lesquels Ricard et Auroux des Pommiers expriment le second motif de l'inadmissibilité d'une telle donation nous suggèrent ici cette remarque.

Ce qu'ils exigent au nom de l'irrévocabilité, c'est sans doute l'impossibilité pour le donateur de retirer au donataire le *droit pur et simple* ou *sous modalité*

que lui a conféré la donation, ce que nous appelons le *Titre*, la *Disposition*, suivant l'expression de Ricard ; mais c'est aussi, et dans une mesure au moins égale, l'impossibilité pour le donateur d'absorber ou de restreindre les *avantages pécuniaires* et *économiques* de la chose donnée, ce que nous appellerons l'*Emolument* de la donation. Ils exigent rigoureusement que l'irrévocabilité protège cet émolument. Ricard, en effet, répondant à l'objection qui consiste à dire que l'irrévocabilité est suffisamment respectée dans les donations de biens à venir, grâce au lien indissoluble qui enchaîne le donateur et l'empêche de faire ultérieurement, au profit de tout autre et au préjudice du premier donataire, une institution contractuelle, dit que « cela est possible dans les institutions contractuelles, mais ne peut valoir pour les autres donations entre-vifs. » Cette irrévocabilité du titre n'est donc pas, suivant Ricard, le tout de l'irrévocabilité qu'il exige. Et il ajoute, pour bien préciser sa pensée : « Car pour les rendre parfaites (les donations entre-vifs), il ne suffit pas que le donateur se soit dépouillé de l'universalité ; mais il est aussi nécessaire qu'il ait tellement quitté la propriété des choses données, qu'il ne soit plus en son pouvoir de les hypothéquer aux dettes qu'il contracte postérieurement à la donation ». Au n° 1001, (Donations 1^{er} P.) c'est encore l'irrévocabilité pour l'émolument qu'il réclame : « Durant le cours de la vie du donateur, il est en sa liberté d'acquérir ou non, et, ayant acquis, de revendre, ou, autrement consommer en dettes les acquisitions qu'il avait faites, d'où il suit qu'il est en la liberté du donateur de rendre la donation inutile. » C'est aussi là le langage d'Auroux des Pommiers. Il ne veut pas non plus que la donation puisse devenir *inutile* par le fait du donateur, et ne considère pas comme suffisante l'irrévocabilité du titre, voulant avant tout celle de l'émolument.

Or cette irrévocabilité ne peut se rencontrer dans les donations de biens à venir, car la consistance de l'émolument, variable au gré du donateur jusqu'à sa mort, ne peut se fixer qu'à ce moment. Ce que nous tenons à faire ressortir de ces développements, c'est que, dans la pensée de ces auteurs, il faut à tout prix que l'émolument de la donation porte le cachet de l'irrévocabilité. Et quand Ricard écrit : « que l'irrévocabilité ne peut s'accommoder avec la donation de biens à venir, d'autant qu'elle ne se vérifie et n'a d'effet, aussi bien pour la force de la disposition que pour son exécution », il est, croyons-nous, resté en deçà de sa pensée. C'est pour son *exécution* bien plus que pour la force de sa *disposition* qu'il aurait dû dire que la donation ne se vérifiait et n'avait d'effet qu'au décès du donateur ; car dès actuellement le lien existe irrévocable. Ce qui, à notre avis, détermine avant tout les Jurisconsultes à répudier la donation de biens à venir, c'est que la tradition réelle n'y étant pas applicable, en ce qui concerne l'émolument, à cause de l'*immatérialité* de l'objet donné, il n'y a pas davantage d'irrévocabilité possible pour cet émolument. « C'est de choses certaines dont on puisse faire tradition que doivent se composer les donations » dit Auroux des Pommiers.

Cette remarque montre que, même à l'instant où s'épanouit l'irrévocabilité, la tradition en est la base essentielle, comme elle était plus anciennement le fondement de l'irrévocebilité, au sens primitif et naturel du mot.

Ricard donne encore deux autres raisons pour repousser les donations de biens à venir. 1° « Dans cette espèce de donation, dit-il, on ne reconnaît pas cette circonstance que le donateur *se prive lui-même* et *présentement* et qu'il ne doit pas priver seulement ses héritiers. »

2° « Si la donation de biens à venir était permise, le donateur pourrait acquérir après sa mort. »

Un certain nombre de Coutumes admettaient les donations de biens à venir, dans les contrats de mariage, sous le nom d'*Institutions contractuelles*. Les anciens auteurs donnent de cette admission des raisons qui sont loin d'être concluantes. Qu'une donation de biens à venir soit faite par contrat de mariage ou autrement, il est évident que les motifs indiqués d'exclure ce genre de donation valent toujours et qu'en conséquence les deux règles coutumières de la *Tradition* et de l'*Irrévocabilité* y répugnaient également dans tous les cas. Nous ne croyons pas qu'il existe, pour justifier les *Institutions contractuelles*, d'autre raison que la faveur même dont jouit le mariage. Or c'est à coup sûr le favoriser que de lever à son occasion les entraves qui entourent les donations, et que d'adoucir pour celles qui sont faites en faveur du mariage, les sévérités de la Coutume.

Nos anciens auteurs se sont ingéniés à trouver d'autres explications. Dans leur désir de tout rattacher en matière de donations, à la Maxime : *Donner et Retenir ne vaut*, ils présentent cette admission des Institutions contractuelles, bien moins comme une exception à cette règle que comme, au contraire, une de ses conséquences naturelles, C'est là, de leur part, un amour un peu indiscret de la logique. Après la déclaration de Ricard, que la nécessité de la tradition n'a d'autre but que de parer « *aux fraudes et clandestinités* » possibles dans les donations dont elle fait « *comme le sceau et la vérification* », (Ricard Donat. n° 901), Villette (1) écrit « Comme la règle dont nous parlons (*la tradition*), n'a d'autre motif que d'empêcher les fraudes, il est certain qu'elle n'a pas lieu ès dona-

(1) Sur la Cout. Péronne, n° 109.

tions faites en faveur du mariage » et Buridan (1) nous dit : « Les fraudes ne se peuvent facilement faire ès contrats de mariage à cause de l'assistance de tous les parents des futurs conjoints auxquels le don se fait. » Mais il est bien évident que ce motif ne vaut rien. On ne comprend pas comment l'assistance des parents au contrat portant donation pourraient empêcher toute entente frauduleuse entre le donateur et le donataire, au moment même de l'acte, et surtout faire disparaître cette clandestinité provenant de ce que le donateur reste en possession, une fois la donation faite. Le danger de clandestinité n'en subsiste donc pas moins et le caractère ou la forme de la donation ne saurait le conjurer.

L'insuffisance de cette explication a d'ailleurs été reconnue plus tard et d'Aguesseau (Lettre 288, 19 mai 1731 au Parlement de Grenoble) écrit : « Si dans l'article 17 de l'ordonnance, le roi a autorisé les donations de biens présents et à venir, lorsqu'elles seraient faites en faveur du mariage, c'est d'un côté parce que cette faveur est si grande qu'elle l'emporte sur les règles les plus générales ». Voilà la vérité cette fois.

2° Coutumes qui *rejettent* absolument les donations de biens à venir, *même* en contrat de mariage.

Ces Coutumes étaient logiques avec les principes de la Maxime : *Donner et Retenir ne vaut*. Elles ne s'efforçaient pas, comme celles de la catégorie qui précède, de rattacher les *Institutions contractuelles* à la Maxime, en tentant malhabilement de montrer qu'elles n'y dérogeaient pas. Les Coutumes dont il s'agit ici, tout aussi attachées que les précédentes à la Maxime, s'y conforment bien mieux qu'elles, en excluant les *Institutions contractuelles*. Parmi elles se rencontrent la Coutume du Berry qui, on le sait, même dans sa se-

(1) Sur l'art. 231, Cout. de Reims, n° 3.

conde rédaction, ne posait textuellement que la règle de la *tradition*. La nécessité absolue de cette tradition, jointe à l'impossibilité de la réaliser dans les donations de biens à venir, la conduit rigoureusement à les rejeter, malgré la faveur due au mariage, qui n'a pu prévaloir contre le principe.

Si l'on y réfléchit bien, c'est bien plus la tradition que l'irrévocabilité qui pourrait sauvegarder dans de telles donations les intérêts des héritiers ; or cette tradition n'y est pas possible.

3^e Coutumes *admettant* les Donations de Biens à venir, *même en dehors* d'un Contrat de Mariage.

De leur nombre était la Coutume *d'Auvergne* qui admettait ce genre de libéralité *aux termes de droit*, c'est-à-dire pourvu que le donateur se fût réservé quelque chose pour *tester*. Nous avons déjà cité cette Coutume au sujet de la charge des legs imposée par le donateur au donataire. Nous avons vu que cette Coutume permettait une semblable clause, et parmi les motifs que nous avons assignés à son admission dans cette Coutume, pourtant si attachée à la Maxime, nous avons indiqué comme le principal, l'influence du droit écrit dont le résultat avait été de faire considérer en Auvergne la faculté de tester, comme une faculté à laquelle il était interdit de renoncer. Nous en avons conclu que cette réserve, dans une donation, de pouvoir disposer par testament, ne pouvait la vicier, comme contraire à la Maxime, parce qu'elle devait s'interpréter comme un acte de soumission à la loi et ne manifestait nullement en conséquence l'intention chez le donateur de *donner* et *retenir*. En est-il de même ici et pouvons-nous dire que l'admission, dans tous les cas, de la donation de biens à venir, en Auvergne, ne contredit pas à la Maxime ? Non, assurément. Si, en effet, la charge des legs imposée par le donateur au donataire ne répugne pas à la Maxime, c'est que d'après les idées

exposées, cette clause, loin de constituer un moyen retenu par le donateur de détruire en partie sa libéralité, apparaît surtout comme un acte *d'obéissance* à la loi. La donation n'en porte pas moins sur des *biens présents*, et la partie qui en peut être distraite par une disposition de dernière volonté du donateur ne le sera qu'éventuellement ; et au cas où elle ne le serait pas, elle continuera à faire partie du *patrimoine du donataire* : il n'y a là rien de contraire à la règle d'irrévocabilité. Il en est tout autrement pour les donations de biens à venir. C'est, en effet, l'ensemble de ces biens qui fait l'objet de la libéralité, et il est certain que le donateur reste complètement le maître de la modifier jusqu'à son décès. Il y a donc ici une grave dérogation à la Maxime *Donner et Retenir ne vaut*. Eh bien ! la Coutume admet cet échec à la règle. Et si parfois, elle annule la donation de biens à venir, ce n'est pas par égard à la Maxime, mais uniquement parce que le donateur a négligé de se réserver de quoi *tester*. Entre ces deux principes, celui de *l'irrévocabilité* et celui de *l'obligation* de se réserver de quoi tester, la Coutume d'Auvergne semble donc préférer le principe de la réserve de la faculté de tester.

Les interprètes du droit civil, dont l'opinion avait prévalu dans la Coutume d'Auvergne, ne considéraient en effet comme nulle que la donation tellement universelle qu'elle irait à ôter au donateur la faculté de tester, en absorbant tout son patrimoine. Ils se fondaient sur la loi 37, § 5, Dig. de Legat. XXXII, 3. Telle est l'origine romaine de cette disposition de la Coutume d'Auvergne sur les donations de biens à venir. Mais comment cette Coutume a-t-elle pu, au mépris de la Maxime, admettre les donations de biens à venir ? nous ne pouvons croire qu'elle ait jugé suffisante *l'irrévocabilité* du titre conféré par une telle donation au donataire.

Qu'est-ce maintenant qu'un *bien à venir*? Voici la définition qu'en donne Furgole sur l'article 15 de l'ordonnance de 1731 : « Pour ne pas équivoquer sur ce qui peut être considéré comme *bien à venir* ou comme *bien présent*, il faut user d'une distinction qui, quoique subtile, est néanmoins très vraie. Lorsque les biens ne sont pas au pouvoir du donateur et qu'il n'a aucun droit ni aucune action pure ou conditionnelle pour les prétendre ou les espérer, c'est le véritable cas des biens à venir dont on ne peut faire des donations hors du contrat de mariage ».

« Que s'il s'agit d'un droit acquis au donateur ou d'une action qui lui compète ou qui pourra lui compéter dans l'évènement de quelque condition qui puisse avoir un effet rétroactif au jour de l'acte qui établit le droit ou l'action, ce n'est pas un bien à venir et la donation qui comprendrait une telle action ou un tel droit ne serait pas nulle comme faite d'un bien à venir ; elle serait d'un bien présent, c'est-à-dire du droit ou de l'action ».

Il suffit donc, pour qu'un bien soit considéré comme *présent*, qu'il se trouve, dès le moment de la libéralité dont il fait l'objet, dans le patrimoine du donateur, même sous la forme conditionnelle ; si au contraire un bien ne s'y trouve pas encore compris et n'y peut entrer que par un acte de volonté du donateur, comme celui qu'il acquerrait par vente où par la réalisation d'une simple espérance, comme ceux provenant d'une succession, le bien est un bien à venir et ne peut faire la matière d'une donation entre-vifs. Le mot *espérer*, employé par Furgole, semble impropre dès l'abord, mais il est expliqué par le mot *conditionnelle* qui le précise et le corrige.

La définition que nous venons de reproduire du bien à venir montre pourquoi la donation de 1000 livres à prendre sur les biens du donateur pour commencer à

en jouir après son décès, donation dont Ricard parle au n° 1036 est une donation de *biens présents*. Seule en effet, l'entrée en jouissance du donataire est reportée au décès du donateur. Mais les objets du droit donné sont, dès le moment de la libéralité, dans le patrimoine du donateur qui en a pu faire les deux traditions, comme il a été expliqué déjà. Le droit donné est en effet un droit réel portant sur des biens qui sont *au moment même de la donation* au pouvoir du donateur, et par la double *tradition de fait et de droit*, il s'est enlevé tout moyen de reprendre sa libéralité.

La période de temps qui sépare les deux rédactions de nos Coutumes a été dans l'histoire de l'*Irrévocabilité* dans notre ancien droit une époque de transition et, pour ainsi dire, d'incubation de la Notion nouvelle de l'*Irrévocabilité*.

Au début de cette période, c'est encore l'irrévocabilité ordinaire des contrats qui est seule exigée en matière de donations entre-vifs. Puis, peu à peu, et sous l'influence combinée du droit romain qui arrive à forcer les portes du droit coutumier et à y faire pénétrer les traditions feintes, et du danger des donations qui semble dès lors aux Jurisconsultes et aux Coutumes principalement et même uniquement menacer les héritiers et créanciers du donateur, la notion moderne de l'*irrévocabilité* se façonne. Elle apparaît alors comme l'unique remède à ce danger et le seul moyen de concilier les exigences du droit romain qui s'imposait, avec la protection due aux héritiers du donateur contre les donations entre-vifs. Le germe de l'irrévocabilité nouvelle se développa dans la période que nous visons, et à la deuxième rédaction, presque toutes les Coutumes, paraphrasant la Maxime, en déduisent deux règles : 1^e celle de l'*irrévocabilité* ; 2^e celle de la *tradition*. Sûrs de l'efficacité de la première, les auteurs s'y attachent dès lors spécialement, en font découler toutes

les conséquences extrêmes qu'elle pouvait contenir. Ce soin curieux dont elle est dès lors l'objet de la part des Jurisconsultes se conçoit aisément, si l'on réfléchit que tout avait été dit sur la tradition réelle, que la nouvelle règle passait dans l'opinion de tous, à tort, nous le verrons, pour assurer une protection souveraine aux intérêts qui, à cette époque, semblèrent mériter toute la sollicitude du droit. Par un phénomène facilement explicable, l'enthousiasme des Jurisconsultes pour l'*irrévocabilité* qu'ils avaient créée, leur en masque les vices ; la valeur défensive de ce nouveau principe est loin d'atteindre à la perfection que lui attribuait l'ancien droit aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles.

A cette époque, la règle d'*irrévocabilité* accapare tout entière l'attention des Jurisconsultes. Ils en viennent à ne plus voir autre chose que cette règle dans la Maxime, et tendent à la confondre avec elle. La plupart d'entre eux, quand il parlent de la Maxime, l'expliquent par la définition même de l'irrévocabilité ou s'y réfèrent presque exclusivement. C'est ainsi que Domat écrit : « C'est de ce principe que dépend cette règle commune en cette matière que : *Donner et Retenir ne vaut*, ce qui signifie que si le donateur retient ce qu'il donne, il ne se dépouille pas et ne donne pas. » (Lois civiles, L. 1, t. X). Domat parle bien aussi de la tradition (*la feinte*) qu'il juge toujours nécessaire ; mais ce n'est pas en expliquant la maxime qu'il la mentionne et il ne la présente pas comme une conséquence de cette Maxime. Il n'en parle qu'au sujet des lois romaines auxquelles il la rattache (Lois civiles, L. 1, t. X, sect. 1, n° 40). Ricard, lui aussi, montre bien la même tendance et la même orientation d'idées quand, parlant de la règle exprimée dans l'article 274 de la Coutume de Paris « cette proposition qui passe pour une règle générale de notre jurisprudence française », il n'en déduit comme application que la nécessité de

l'irrévocabilité. Quant à la *tradition*, il la rattache à l'art. 275 de la Coutume de Paris. Si Laurière, dans son commentaire sur Loysel (institutes coutumières, L. 4, t. IV, 5), s'occupe exclusivement de la règle de la *tradition*, il n'en reste pas moins que les deux auteurs précités, Domat et Ricard, qui plus que tous autres reflètent l'esprit et l'opinion du temps sur la façon d'entendre la Maxime, n'y voient que la formule même de l'irrévocabilité. Le même esprit se rencontre dans l'ordonnance de 1731, qui fait de la Maxime une règle commune à tout le royaume et l'étend même aux pays de droit écrit, où certainement le caractère d'irrévocabilité, nous le verrons, n'était jamais apparu comme essentiel aux donations entre-vifs. « Le sens de la Maxime *Donner et Retenir ne vaut*, n'est point que la tradition feinte ne puisse avoir lieu dans les donations, et personne, dans les pays coutumiers même, n'a jamais pensé à exiger des donateurs une tradition réelle ; tout ce que cette Maxime signifie est que le donateur ne peut se réserver ni la propriété des choses données dans le temps qu'il les donne, ni le droit d'en priver le donataire, quand il le jugera à propos, et en ce sens la Maxime est en quelque sorte de *droit naturel* (1). » Ce passage de d'Aguesseau, l'instigateur et le rédacteur de l'ordonnance de 1731, le dépositaire de sa pensée intime, nous montre assez que dans l'esprit du législateur, reflet lui-même des idées de cette époque, la maxime n'avait plus en définitive qu'une signification, celle de *l'irrévocabilité*. Une remarque ressort impérieusement du texte que nous venons de transcrire : tout y vient en ligne directe du droit romain ou plutôt, en ce qui concerne *l'irrévocabilité*, des idées que s'étaient formées, sur la portée de cette règle en

(1) Œuvres de d'Aguesseau. Paris, 1776, t. IX, p. 557, lettre 289.

droit romain, les commentateurs de ce droit. « Personne n'a jamais pensé, dit l'auteur, à exiger des donateurs une tradition réelle »; et, en la prenant au sens de la seule irrévocabilité, « la Maxime, ajoute-t-il, est en quelque sorte de droit naturel. » L'engouement que ressentirent pour le droit romain les Coutumes ou plutôt les auteurs qui en ont préparé l'esprit et développé ensuite les dispositions, l'entraînement de tous vers l'irrévocabilité nouvelle furent tellement invincibles qu'ils oublièrent cette vieille règle si sage de la tradition réelle, qui est à coup sûr le remède vraiment souverain contre les dangers, quels qu'ils soient, de la donation entre-vifs.

SECTION IV

Antériorité de la règle de la Tradition sur celle de l'Irrévocabilité

(au sens nouveau)

Nous venons d'étudier l'histoire et la signification des deux règles contenues dans la Maxime. Nous avons essayé de faire ressortir la portée précise de chacune d'elles. Cherchons maintenant si ces règles ont coexisté dès le début ou si au contraire l'une d'elles n'a pas sur l'autre la priorité de l'âge. Cette étude va nous être facilitée par les développements déjà donnés. Nous diviserons en deux phases la longue suite de siècles que nous allons passer en revue : 1° Temps barbares et féodaux jusqu'à l'apparition de la Maxime ; 2° de l'apparition de la Maxime jusqu'à la fin de l'ancien droit.

PREMIÈRE PHASE. — Temps barbares et féodaux. Nous avons déjà montré au commencement de cette thèse que la *tradition réelle* était exigée dans les temps barbares et féodaux. (1) Le but poursuivi est alors de mettre un terme aux reprises violentes des donateurs et de leurs héritiers et d'assurer aux donations comme aux autres contrats l'*irrévocabilité au sens normal* du mot. Voilà pourquoi l'on veut être sûr de l'existence de cet esprit de libéralité, qui seul peut élever les donations au-dessus de toute discussion de la part du donateur ou de ses héritiers. C'est pour cela que Glanville (L. 2, Ch. 1), dit qu'il n'y a pas donation, mais plutôt « *Nuda promissio* » tant que la chose donnée n'a pas été livrée au donataire par la *tradition réelle*. C'est encore la même idée qu'exprime Bracton, (2) quand il exige une tradition *animo* et *corpore* qui dessaisisse complètement le donateur, comme une marque infaillible de son intention de donner. Sinon, d'après lui, la donation serait *imperfecta*. L'acte de donation serait-il dressé, l'hommage aurait-il été prêté, la donation serait seulement *incepta* et non *perfecta*, si la tradition n'avait suivi.

C'est toujours le même vœu, la même tendance vers les moyens d'assurer la stabilité des donations, qui se se dégagent des passages de Britton où il exige que le donateur n'ait même pas laissé dans l'héritage donné un *serviteur*, ni le *plus minime objet* dont la présence pourrait rendre *douteuse* la pensée du donateur. Les *Assises de Jérusalem*, de même que les coutumiers anglo-normands, reproduisent exactement une grande partie des idées et des principes du droit plus ancien de

(1) Canciani, T. 2, capitula addita, Ch. 6, L. 172. — Britton, L. 2, Ch. 9, de Seisines, nos 1 et 3, T. 1, p. 258 et 259, édit. by. Francis Morgan, Nichols, Oxford 1865.

(2) L. 2, ch. 17. fol. 38 ; L. 2, ch. 5, n° 3, fol. 11 ; L. 2, ch. 18, n° 1, fol. 39 et L. 2, n° 2, fol. 40.

l'époque féodale. C'est toujours la tradition qu'ils réclament comme l'*indice* et le *signe indéniable* de la donation *parfaite* et comme la condition de la protection des donataires. « Le donataire, est-il dit dans les Assises (Ch. 44, Haute Cour), a beau être ensaisiné et prêter son hommage, s'il n'a la *tenure* de la métairie, soit parce que le seigneur ne la lui remet pas, soit parce qu'elle est au pouvoir des Sarrazins, s'il n'est pas en possession du fief de besans, soit parce qu'il n'en a pas touché « un terme ou plus » depuis l'assénement, soit parce que les Sarrazins sont maîtres du lieu sur lequel la rente est inféodée, une fois le donateur mort, « le don qu'il en aura fait ne sera valalable ni estable, parce que ce n'aura été que proumece, car le don n'aura été que en dit et non en fait ; que le don n'est pas parfait qui n'en est fait que en dit sans fait. »

Quelle que soit donc la raison pour laquelle le donataire n'est pas saisi de l'objet de la donation, la donation ne vaudra pas, car le donateur pourrait, du jour où cesserait l'obstacle à la tradition, ne plus vouloir la consentir : rien n'est fait, car il manque ici la certitude absolue requise en matière de donations sur l'intention du donateur. « Nul don n'est parfait qui est fait en dit sans être parfait » est-il dit dans la Clef des assises de la Haute Bour, n° 194, et « don ne vaut sans la saisine de la chose » porte le Livre des Assises de la Cour des Bourgeois au chapitre 214. C'est toujours la même préoccupation d'assurer les donations contre la reprise violente de ceux qu'elle dépossède, qui inspire ces passages. Cette époque, on le voit, est celle où la donation n'acquiert sa perfection que par la *tradition* ; la *donation-contrat* n'y est pas connue : « car le don ne aura été que en dit et non en fait. »

Britton, outre l'entière volonté chez le donateur, de donner sans retour, exige que le *donataire prenne possession* définitive et sans arrière-pensée de la chose

donnée. Le donataire doit prendre possession *animo* et *corpore*, suivant Bracton. Le premier objet de la tradition est sans doute de bien manifester l'intention du donateur, mais il faut [encore qu'elle marque bien que l'*accipiens* a entendu recevoir la tradition qui lui est faite, en qualité de *donataire*. De cette façon aucun doute ne peut s'élever sur le but de cette tradition ; il est certain qu'elle réalise une libéralité. A ces conditions seules la donation sera stable, exempte de fraudes et le donataire aura droit à la protection de la loi.

D'après la définition que Bracton nous donne de la donation, c'est un autre genre de fraudes qui pourrait vicier la libéralité : « Est dare rem accipientis facere, dit-il, *cum effectu*, alioquin inutilis erit donatio, quæ irritari poterit et revocari » (L. 2, ch. 5, n° 2, fol. 11). Ce n'est pas seulement la révocation directe par le donateur qu'il faut à tout prix éviter, c'est encore celle qui pourrait procéder de tierces personnes. En effet, l'auteur, pour expliquer sa pensée, suppose une donation de la chose d'autrui, et dit que cette donation ne peut produire d'effet, parce que « *Et ea à vero domino potest revocari* ».

De ce qui précède, nous pouvons conclure que les auteurs, à cette époque reculée, sentent vivement combien il est indispensable pour le repos de tous, de mettre un terme aux actes de brutalité. Ils admettent bien les donations, mais les exemples trop fréquents de reprises violentes des choses données, par les donateurs eux-mêmes, les découragent. Ils veulent à tout prix faire triompher la bonne foi et assurer le maintien de la parole donnée. Bien des intérêts sont lésés ou peuvent l'être, à cette époque troublée, à l'occasion des actes de libéralité. Ce sont d'abord ceux du donateur et de ses héritiers toujours prêts à critiquer la donation ; c'est ensuite celui du donataire qui se voit arracher de vive force ce qui était devenu son bien ; et enfin celui

des créanciers du donataire qui comptent sur un bien qu'ils ont vu dans le patrimoine de leur débiteur. Tous ces intérêts sont respectables et doivent être protégés. Mais il faut être bien certain que l'on se trouve en face d'une donation véritable; bien des fraudes en effet sont possibles; c'est pour cela que les auteurs exigent une tradition pure de toute réticence de la part du donateur en même temps qu'une prise de possession sincère de la part du donataire. Nous verrons plus loin (section 6) les précautions multiples, confirmation des donations, foudres de l'Eglise, anathèmes, sanctions pénales dont on entoure les donations. Tout cela n'a qu'un but, faire régner le Juste dans cette société encore barbare, lui inculquer le respect des conventions valablement consenties, et de leur irrévocabilité. La tradition est la base et le pivot de tout le système ancien, pour la réaliser. Cette irrévocabilité si désirée par les hommes éclairés de ce temps n'est autre que l'irrévocabilité ordinaire des contrats. Nous l'avons vu en effet, à la précédente section, les auteurs contemporains ne s'occupent pas des clauses dérogeant à cette irrévocabilité qu'ils souhaitent si ardemment; ils ne se demandent pas si elles sont ou non valables. Pour eux ce n'est pas là une question; car la faculté d'insérer de telles clauses dans les donations découle directement du principe qu'ils veulent voir régner : le *respect des conventions*. C'est ainsi que dans les Coutumes notoires jugées au Châtelet de Paris, n° 143, on peut lire : « Une chacune raisonnable, franche personne, peut, à son vivant et par manière de don, cession ou donation faite entre-vifs, irrévocable, ordonner et disposer de son propre héritage, et par conséquent de ses meubles et conquêts, à sa pleine volonté, et s'en dessaisir et devêtir au profit du donataire en son vivant ». C'est bien là l'idée de l'irrévocabilité accolée à la tradition et comme son résultat. C'est encore la même

irrévocabilité, le maintien des *convenances* que prône Beaumanoir quand il dit : « Ce ne pot on fere (les rappeler) les dons que on donne ou promet hors du testament, car il les convient à emplier (1) ». Beaumanoir, dans cette phrase, reconnaît une action au donataire contre le donateur pour le forcer à exécuter la donation, et cela par application de l'adage : « *Convenance loi vaint* ».

C'est pour mieux assurer encore cette irrévocabilité par la nécessité d'une tradition obligatoire, dès qu'est conclue la promesse de donner, que Beaumanoir y voit un lien de droit. C'est enfin la même irrévocabilité que vise Bouteiller dans ce passage de sa *Somme Rurale* : « Tels dons qui se font entre-vifs ne se peuvent rappeler selon les Coutumes (2) ». Une dernière preuve que c'est seulement l'irrévocabilité ordinaire que recherchent les auteurs de ce temps se tire de la clause de *rapeau*. C'est la seule clause de révocation dont s'occupent les auteurs. Nous savons en quoi elle consistait. C'était la réserve par le donateur de « rapeler et recovrer l'héritage par lui donné, toutes fois qu'il vodra et par la court (3) ». Cette clause pouvait paraître contraire, même à la notion de l'irrévocabilité ordinaire ; eh bien ! les *Assises de Jérusalem* la valident et ne croient pas par là faire échec au principe de l'irrévocabilité qu'elles veulent au contraire voir partout appliqué.

Quant à l'irrévocabilité des derniers siècles, on n'a, dans les temps anciens où nous en sommes, ni le loisir ni même l'idée d'y songer. C'est là en effet une irrévocabilité raffinée qui ne peut germer que dans une so-

(1) Cout. du Beauvoisis, ch. 12. Des Testaments, n° 39.

(2) *Somme rurale*, t. 45, de Donat.

(3) Abrégé du livre des Assises de la Cour des Bourgeois, 1^{re} partie, ch. 35.

ciété déjà policée, grâce à des circonstances et à des points de vue spéciaux.

Cette même irrévocabilité naturelle, c'est-à-dire la stabilité des conventions valablement consenties et le respect des engagements, nous la voyons encore réclamée avec insistance à la fin des temps féodaux en France, de même qu'en Normandie et dans le royaume de Jérusalem, comme une conséquence de la tradition réelle. Les *Coutumes du Châtelet*, n° 143, les passages transcrits plus haut de Beaumanoir et de Bouteiller en font foi. C'est encore l'irrévocabilité que réclame le grand coutumier de Charles VI (L. 2, ch. 8) ». Ce passage n'a peut-être pas toute la clarté désirable ni à coup sûr la netteté des autres ; car il met sur la même ligne la vente et la donation pour lesquelles il exige également la tradition réelle. Mais remarquons qu'il ne parle que de la *saisine*, conséquence de la tradition, qui ne peut passer aux héritiers de l'*accipiens*, qu'autant qu'elle a résidé pendant sa vie sur la tête de celui-ci. A ce point de vue, ce texte ne fait à la vérité aucune différence entre la vente et la donation. Mais de ce que la saisine ne peut passer directement aux héritiers de l'*accipiens*, et sans que celui-ci en ait été nanti sa vie durant, principe éminemment juridique, il ne s'ensuit nullement que les héritiers de l'*accipiens*, même non saisi par la tradition pendant sa vie, soient, dans le cas de vente, dépourvus de moyens pour s'en faire investir après sa mort ; ils ont en effet une action héréditaire contre le vendeur pour le contraindre à livrer, et la vente, malgré tout, sortira son effet ; car elle n'en sera pas moins valable et obligatoire. Il en va tout autrement en matière de donation, car à cette époque la donation n'engendre pas d'action au profit du donataire contre les héritiers du donateur, et le défaut de saisine du donataire pendant la vie du donateur entraîne l'inexistence de la donation. C'est encore ici

la *tradition seule*, cause de la saisine, qui fonde l'*Ir-révocabilité* des donations. Cette proposition reste vraie jusqu'à la première rédaction inclusivement, pour le moins.

DEUXIÈME PHASE : Apparition générale de la Maxime *Donner et Retenir ne vaut*.

C'est à la première rédaction des Coutumes que se propagea notre Maxime comme une règle essentielle aux donations. On la trouve alors inscrite dans la plupart des Coutumes. A cette époque encore, comme au moment de son apparition isolée dans la Coutume de Champagne de 1224, elle ne signifie pas autre chose que la nécessité de la *tradition réelle* ; elle en est la formule. L'irrévocabilité au sens rigoureux n'y est pas encore contenue. Nous savons en effet que la notion nouvelle de l'irrévocabilité ne se dégage que dans l'intervalle compris entre les deux rédactions des Coutumes, tandis que parallèlement, s'altère la conception rigoureuse de la tradition réelle. Dans la deuxième rédaction, au contraire, l'*Irrévocabilité de création récente* prend place dans la Maxime, dans un grand nombre de Coutumes et dès lors la Maxime a une double signification. Nous pouvons donc affirmer que, si dans tout le cours de l'enfance de notre droit, nous voyons l'irrévocabilité liée à la tradition, dans le fond, sinon dans la forme, et parfois figurant même dans les textes à côté de la tradition, comme dans la Coutume de Champagne, cette irrévocabilité, si elle découlait indirectement de la Maxime, qui était l'expression de la règle de la *Tradition*, n'y a jamais été formellement comprise. Elle n'en a fait partie intégrante qu'après s'être transformée sous la pression de besoins et pour la protection d'intérêts nouveaux dans l'irrévocabilité exagérée que nous savons. Et puis, peu à peu, il se produisit, grâce au concours de la

science, grâce aussi à la faveur qui accueillit cette irrévocabilité nouvelle, une inversion dans l'importance relative de nos deux règles, *L'irrévocabilité* en vint, dans l'esprit des Jurisconsultes, à prévaloir absolument sur l'antique règle de la *Tradition réelle*, dont elle prit la place et accapara, si nous pouvons ainsi parler, le vêtement presque entier. A la fin de l'ancien droit, en effet, contrairement à ce qui avait eu lieu pendant longtemps, la règle spéciale et caractéristique des donations, fut l'irrévocabilité. La Maxime ne veut plus dire qu'une chose, suivant les auteurs, c'est que la donation doit être irrévocable ; Domat, Ricard, d'Aguesseau, dans les différents passages que nous en avons cités, le laissent entendre ou le disent formellement. d'Aguesseau va même jusqu'à dire qu'on *n'a jamais exigé une tradition réelle*.

SECTION V

De la force obligatoire de la Convention de donner

Dans le dernier état de notre ancien droit, à la fin du xvii^e siècle et au xviii^e, la donation engendre, au profit du donataire contre le donateur, une action pour contraindre celui-ci à exécuter la libéralité. La donation entre-vifs est devenue à cette époque un *Contrat obligatoire*. Ricard (Donat. nos 879 et 945), Ferrière (1),

(1) Corps et compilations de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris, édit. 1865. T. XIII, introduction n^o 11, et sur l'art. 273, n^{os} 1, 4, 22, 28.

Laurière (1) et Pothier (2), constatent cet état de l'ancien droit. L'ordonnance de 1731 consacre et généralise cette règle de la force obligatoire de la donation dans son article 5.

Il ne faudrait pourtant pas croire qu'à la fin du xvii^e siècle la règle de l'action eût été déjà universellement admise ni qu'antérieurement elle eût été reçue partout sans difficulté. La Coutume de la *Flandre Flamande* exigeait pour la validité de la donation une tradition *actuelle, immédiate*, et n'admettait pas la *force obligatoire* de la promesse de donner. Merlin, sur la question, cite cette coutume comme une exception.

C'est là une erreur de la part de ce Jurisconsulte. Il n'y avait pas, à la fin du xvii^e siècle que la Coutume de Flandre qui déniât l'action au donataire. Delalande qui écrivait à cette époque, dit sur l'article 283 de la Coutume d'Orléans, qu'à défaut de tradition feinte, le donataire ne peut agir personnellement contre le donateur, pour le contraindre à la délivrance de la chose donnée ; et sur le même article, n^o 2, il ajoute qu'il en est de même en *France*. Ragueau, le commentateur de la Coutume de Berry écrivait au commencement du xvii^e siècle : « *His moribus nostris*, le donataire ne pourra agir par *action personnelle* contre le donateur vivant afin d'avoir délivrance de la chose par lui donnée, encore que le donateur soit en son entier et ait le pouvoir de ce faire ; toutefois est contraire la Coutume de Châlons, article 64, et celle de Reims, art 230. » (3) Ragueau, on le voit, pose pour son époque, une règle

(1) Texte des Cout. de la Prévôté et vicomté de Paris, sur l'art. 273.

(2) Introduction au T. XV de la Coutume d'Orléans, n^o 25.

(3) Coutumes générales des pays et duché de Berry sur le T. 7, art. 1.

qu'il considère comme générale et ce n'est qu'à titre d'exceptions à cette règle qu'il cite les coutumes de *Châlons* et de *Reims*. Et encore n'était-ce qu'à une condition que la Coutume de Reims accordait l'action au donataire. Buridan le commentateur de cette Coutume, écrivait au milieu du xvii^e siècle : « Le donataire aura action s'il a gardé la chose en sa puissance, sinon il n'a plus de droit pour contraindre le donateur à lui en faire la délivrance. » (sur l'art. 230, n° 2). Cette condition mise à l'exception semble bien près de la faire rentrer dans la règle.

Dans les Coutumes où l'action n'est pas reçue, le motif en est que la tradition est réputée le seul *indice* vraiment infaillible de l'intention généreuse du donateur, quand elle est d'ailleurs faite *animo et corpore*. Jusque là, il n'y a pas de *donation*, il n'y a qu'un projet.

La Coutume de Reims, en subordonnant l'exercice de l'action à la condition indiquée, suit un système intermédiaire entre ces coutumes et celles qui admettent l'action au profit du donataire. La détention par le donataire de la chose donnée, n'a certes pas le caractère de certitude de la tradition réelle, mais ce fait même de la détention par le donataire est déjà une présomption assez forte, et l'on comprend que la Coutume de Reims y ait attaché le bénéfice de l'action. Il ne s'agit plus que de lever un dernier et léger doute sur la possession du donataire; elle lui donne l'*action* à cet effet.

Bien que Ricard admette l'action, c'est bien un doute qu'il exprime sur la question, quand il dit en parlant de la Coutume de Châlons : « Je crois que cet article doit avoir lieu dans les autres Coutumes qui ne contiennent rien de contraire, en ce qu'il porte que le donataire peut agir par *action personnelle* à l'encontre du donateur vivant, afin d'avoir délivrance de la chose par lui

donnée. » Voici maintenant Laurière: « Comme dans l'ancien droit romain, il n'y avait pas (à l'origine) de donation sans tradition actuelle, la donation n'était alors qu'une *libéralité* et non *un contrat*, parce que quand elle était acceptée, tout étant consommé sur le champ et à l'heure même, il n'en résultait aucune obligation civile, ni par conséquent aucune action. » (1) Autre part (sur l'art. 274 de la Cout. de Paris) le même auteur écrit: « Nos pères tenaient pour Maxime que, tant que la donation n'avait pas reçu sa perfection par la tradition, elle pouvait être révoquée par une volonté contraire, ou expresse ou tacite et que c'en était une tacite que de retenir la chose donnée pendant toute sa vie. »

Au XVIII^e siècle, Pothier qui, lorsqu'il parle du droit commun, admet l'action au profit du donataire, y fait quelque répugnance en ce qui concerne la Coutume d'Orléans; un doute existe certainement dans sa pensée quand il écrit: « (Donat. entre-vifs, sect. 2, art 2, § 1). « Cela souffre difficulté en notre Coutume qui dit en termes très généraux que, pour que la donation soit valable, il faut que, dès le temps du don, le donateur se dessaisisse. C'est pourquoi Delalande sur l'article 283, dit formellement qu'au défaut de clause de tradition feinte, le donataire ne peut pas agir *personnellement* contre le donateur à ce qu'il soit condamné à la délivrance des meubles ou immeubles par lui promis. Et ailleurs il dit que par notre Coutume, conforme en cela à l'ancien droit romain, la *simple paction* de donner *n'est pas obligatoire*. »

Remarquons en passant que c'est au droit romain d'avant Justinien faussement interprété que les Jurisconsultes rattachent en général la nécessité de la tradi-

(1) Texte des Coutumes de la Prévôté et Vicomté de Paris introduction au T. XIII.

tion, tandis qu'au fond elle est née des entrailles mêmes du vieux droit sur les donations, comme nous l'avons montré plus haut.

Ainsi donc, même au xvii^e siècle, même au xviii^e, l'action n'est pas partout reconnue au donataire ; là où elle l'est, ce n'est pas sans quelque difficulté. Il est permis d'en conclure que, pendant longtemps auparavant, la donation ne fut considérée que comme un *acte accompli* et que le refus de l'action au donataire constitue un vieux principe du droit coutumier, sinon un principe originaire.

Voici maintenant certains passages de Jurisconsultes antérieurs au xvii^e siècle qui vont nous confirmer dans cette opinion.

Denys du Pont, au xvii^e siècle, relève cette différence entre les dispositions du droit romain de Justinien et le droit coutumier, que le droit romain avait rendu *obligatoire* le simple pacte de donation, tandis que la Coutume de Blois et l'usage général du royaume avaient consacré une règle contraire, en refusant au donataire toute action pour obtenir la possession de la chose donnée dont la tradition n'avait pas eu lieu en suite de la promesse. « Hoc jure municipali, ajoute-t-il, nulla actio, nulla condictio, nullum denique remedium donatario in donantem ad traditionem possessionis competit (1). »

Et Dumoulin, dans la phrase suivante, nous semble émettre la même opinion : « Ne vault : scilicet ad transferendum dominium : interim cui datur, nihil facit, sed quando in actu perseveratur ad dandum, ut donum valeat ». (sur l'art. 160, Cout. Paris).

Les auteurs du xvi^e siècle posent donc eux aussi en principe général que la donation parfaite n'est pas un

(1) Dionysii Pontoni in Consuetudines Blesenses. t. XII, art. 269.

contrat, mais une *libéralité exécutée* ; le refus de l'action au donataire est donc une *vieille* règle coutumière. C'est tout ce que nous pouvons conclure. Ce serait, croyons-nous, commettre une erreur que d'affirmer qu'aussi loin que l'on puisse remonter dans les origines de notre droit coutumier, cette règle ait toujours été admise.

Nous pensons le contraire. En effet, au berceau même de notre droit coutumier, nous voyons Beaumanoir insister pour que l'action soit donnée au donataire contre le donateur : « Car il les (donations) convient à emplir (Cout. de Beauvoisis, ch. 12, n° 39) ». et au chapitre 34, n° 2 « *Convenance loi vaint* », dit cet auteur. C'est pour cela qu'il faut tenir ses engagements, non-seulement en ce sens qu'on doit les exécuter, mais en ce que, une fois exécutés, ils doivent être en en dehors de toute atteinte du débiteur. Et si toute « *convenance loi vaint* », il est nécessaire, pour l'efficacité de ce principe, qu'une action compète au donataire à l'effet de se faire communiquer les bénéfices de la donation. On pourrait peut-être objecter que Beaumanoir, l'un des esprits de son siècle les plus ouverts au progrès, et pour ainsi dire, une intelligence d'avant-garde, n'exprime qu'une simple tendance, un vœu qu'il souhaite de voir réalisé, plutôt que la physionomie exacte du droit à son époque. Nous croyons cependant qu'il n'y a pas seulement dans ses paroles l'expression d'une simple aspiration, mais qu'elles contiennent aussi un principe déjà reconnu et même appliqué, et nous le croyons d'autant mieux que ceux, dont il s'agissait alors de protéger les intérêts relatifs aux libéralités, c'était les donataires eux-mêmes, exposés trop souvent à la rapacité ou à la mauvaise foi des donateurs. Nous ne rencontrons pas ici, comme il arrivera plus loin, à l'époque où l'intérêt des héritiers du donateur et de la famille est seul en vue, le motif dérivant de cet intérêt

même et qui a déterminé plus tard nombre de Coutumes à repousser l'action du donataire. Ce motif est fondé en effet sur ce que, pour éviter toute récrimination de la part des héritiers du donateur et sauvegarder leurs intérêts, il est indispensable que le donateur se soit *tout le premier* imposé la privation de la chose donnée. Or, à l'époque de Beaumanoir, c'est l'intérêt des donataires qui appelle la protection des lois ; et l'action qui leur est accordée tend évidemment à ce but, tout en imposant au donateur, avec le respect de la convention, la réalisation de l'appauvrissement, constitutif de toute libéralité. C'est peut-être là une exception aux idées de principe que nous avons émises sur la notion de la donation aux temps anciens, mais cette exception, il faut du moins le reconnaître, s'imposait à l'époque de Beaumanoir.

Nous croyons que l'action existait à cette époque en principe, bien qu'en pratique elle fût souvent impuissante, à cause de la violence du temps ; cette résistance au principe n'est pas en effet une preuve de son inexistence, bien au contraire. Le principe de l'action existait, il était répété par les auteurs, nous le croyons énergiquement et que l'action passait contre les héritiers du donateur. Les intérêts de ces personnes étaient alors au second plan, et d'ailleurs l'absence, à ce moment, de la tradition feinte, la nécessité de la tradition réelle comme voie d'exécution, par cela seul qu'elles rendaient les fraudes impossibles ou du moins plus difficiles, étaient pour eux une sauvegarde suffisante. Enfin à cette époque la règle « Convenance loi vaint » devait emporter cette conséquence.

Plus tard, il est vrai, la règle de l'action fut abandonnée et disparut pour faire place à un principe contraire dans nombre de Coutumes. Toutefois, même dans la période de l'abandon dont pâtit cette règle, elle trouva encore quelques défenseurs qui tentèrent

de la restaurer. Dès le xvi^e siècle, deux auteurs, d'Argentré et Charondas le Charon, cherchent à la réveiller. Le Charon conseille d'appliquer le droit romain et renvoie au Code et aux Institutes (1). D'Argentré indique comme moyen la *Condictio* de Justinien à l'effet de faire mettre le donataire en possession de la chose donnée (2). Leur tentative échoua, le droit commun refusa l'action; il n'y eut longtemps que de rares exceptions à cette règle. Ce ne fut que bien plus tard, nous l'avons vu, que le donataire fut muni à nouveau d'une action.

Nous venons de voir que pendant un long laps de temps (xv^e, xvi^e et partie du xvii^e siècle), beaucoup de Coutumes et d'auteurs refusèrent à la convention de donner la vertu d'obliger le donateur à l'exécution de la libéralité. Vers la fin du xvi^e siècle, la Maxime Donner et Retenir ne vaut en était arrivée à son développement complet et définitif; elle avait dès lors ses deux significations : l'*Irrévocabilité* au sens moderne du mot était exigée avec la *tradition*.

N'y a-t-il pas contradiction entre ces deux propositions, d'une part que la donation doit être irrévocable et d'autre part qu'elle n'engendre pas d'action contre le donateur? Nous ne le croyons pas. Qu'on y réfléchisse en effet et l'on reconnaîtra que l'irrévocabilité s'appliquait, aux époques où l'action n'existait pas, à la donation *exécutede* seule. Ce système était, nous le verrons, excellent et portait en lui le meilleur des préservatifs pour les intérêts des héritiers du donateur.

Au commencement de notre droit coutumier, alors que les Jurisconsultes s'efforçaient d'imposer aux hommes le respect des Conventions en matière de donation, ce qu'on voulait protéger dans ce siècle

(1) Sur l'art. 272-275, Cout. Paris.

(2) Sur les art. 226-228. Cout. de Bretagne.

violent et rebelle aux idées du Juste, c'était avant toute autre personne, le donataire ; les auteurs durent alors, s'inspirant des idées de Justice et de Droit, faire du pacte de donner un pacte *obligatoire* ; l'irrévocabilité d'alors entraîna l'action comme sa conséquence. Puis le temps marcha, les mœurs s'adoucirent, les principes de justice triomphèrent ; un changement s'opéra, que nous avons déjà signalé, sur la détermination des personnes qui méritaient surtout la protection des lois ; ce furent les héritiers du donateur et celui-ci même qui parurent réellement dignes de cette protection. L'action contre eux fut retirée au donataire ; l'esprit du droit répugnait alors aux donations, car ce genre de disposition heurtait trop brutalement le principe de la *Conservation des biens dans les familles*. On ne les admit plus qu'à contre-cœur et l'on exigea, pour les valider, un détachement plus absolu encore que celui résultant de la tradition réelle à la suite de la poursuite du donataire, détachement qui jusque là avait paru suffisant pour attester la sincérité du donateur, en même temps que son esprit de sacrifice et de privation. C'est toujours là, suivant nous, l'idée intime sur la nature intrinsèque des donations, qui a guidé dans tous les temps nos anciens auteurs, même quand ils l'ont exagérée, en créant l'irrévocabilité nouvelle.

On voulut donc être bien convaincu, pour admettre les donations, que le donateur avait agi avec réflexion en faisant la promesse de donner, qu'il avait mûrement pesé les conséquences de son acte. On ne se contenta plus d'une *simple promesse* pour lier le donateur. On exigea, ce qu'en un autre temps et en faveur d'un autre intérêt, on avait imposé, comme condition indispensable de la donation, nous voulons dire la *tradition actuelle* de la chose par le donateur. On l'exigea, comme un signe certain de la volonté persistante de celui-ci, puisque s'il livrait, c'était de bon gré,

sans poursuites. Ce système était très logique. Il dura pendant le ^{xv}^e siècle (peut-être une partie du ^{xiv}^e) à une époque où l'irrévocabilité des donations n'avait encore rien de spécial. La donation devait être irrévocable, oui, mais seulement du moment qu'elle existait, qu'elle était parfaite, c'est-à-dire ici *consommée* : l'irrévocabilité s'appliqua donc au fait entièrement accompli, à la libéralité communiquée au donataire.

Plus tard la notion d'irrévocabilité s'élargit (^{xvi}^e siècle et suivants) et devint même abusivement compréhensive. La donation dut encore, pour devenir irrévocable, avoir été exécutée : alors seulement tout était dit. L'irrévocabilité s'appliquait ici encore à la donation consommée, le donateur ne devant pas s'être réservé un moyen de revenir sur le résultat de la tradition. — Ce système était excellent, même dans les Coutumes qui admettaient la tradition feinte ; sans doute cet adoucissement à la tradition enlevait en partie à la libéralité son caractère de privation immédiate et portait ainsi une atteinte à la perfection du système ; mais comme le donateur avait, par suite du défaut d'une action qui compétât au donataire, le temps de *se reprendre*, le système était encore fort bon. Il était certainement bien préférable à celui qui, sous prétexte de diminuer le nombre des donations, lie à jamais les donateurs par la vertu même du contrat, en donnant contre eux l'action aux donataires. Comment en effet le donateur pourra-t-il se repentir puisqu'il est lié par sa promesse ? Qui veut la fin veut les moyens ; il ne fallait pas donner d'action si l'on voulait vraiment combattre les libéralités.

Si, à une époque plus moderne, l'action fut admise de nouveau, ce fut sous l'influence des idées Juridiques alors de plus en plus puissantes ; on ne crut pas, même en considération d'un haut intérêt social, le maintien des fortunes dans les familles, devoir la repousser. On en prit alors son parti, comme on avait fait de la tradi-

tion feinte, et de cette manière on arriva au système combiné de l'*action* et de la *tradition feinte*, système qui ne protégeait plus du tout l'intérêt en vue duquel s'était si laborieusement échafaudée la Maxime, celui des héritiers du donateur.

La Maxime, au moment où l'action n'existe pas encore signifie seulement ceci : pas de *donation-contrat*, rien que des *donations exécutées* par la *tradition* et que le donateur ne pourra plus révoquer, à moins que des clauses insérées dans les libéralités ne le lui permettent. Telle est la signification de la Maxime, dans la période du moins où l'irrévocabilité nouvelle n'existe pas encore. C'était, dans l'intérêt des héritiers du donateur, le même moyen, qu'à une certaine époque de notre droit coutumier, l'on employait dans l'intérêt des donataires. Quand l'irrévocabilité se fut développée, la formule voulut dire : pas de *donation-contrat* toujours, mais une fois la libéralité exécutée, le donateur ne pourra avoir aucun moyen *conventionnel* d'y revenir. La donation exécutée et alors plus *irrévocable* que dans la période précédente.

Il n'y a pas contradiction, nous venons de montrer pour quelles raisons, entre les exigences de la Maxime et l'absence de moyen coercitif en faveur du donataire.

N'y aurait-il pas maintenant contradiction pour nombre de Coutumes à admettre tout à la fois la Maxime et le principe que l'action compète au donataire contre le donateur seul ? Ces coutumes sont nombreuses et l'on peut même dire qu'à la fin de l'ancien droit, et sans conteste depuis l'ordonnance de 1731, elles forment la généralité.

La contradiction dont nous voulons parler éclate entre ces deux idées : 1° le donataire a une action à l'effet de contraindre le donateur à exécuter ; 2° le donateur doit avoir livré pendant sa vie la chose donnée ; c'est le prescrit de la seconde partie de la

Maxime. En d'autres termes, il résulte de cette double règle que l'action du donataire contre le donateur ne passe pas contre les héritiers de celui-ci. Et de cette première conséquence se déduit cette seconde, qui ne paraît pas moins étrange que la première, à savoir : qu'on pourra bien être fixé de suite sur la conformité d'une donation, au principe de l'irrévocabilité, mais qu'il faudra, pour être sûr de sa conformité à la règle de la tradition, attendre jusqu'au décès du donateur, c'est-à-dire que jusque-là la validité de la donation sera suspendue. Ces deux conséquences sont certainement étranges et choquantes *a priori* au moins ; car, d'une part, il n'est pas précisément juridique qu'une action civile donnée contre quelqu'un meure avec lui et ne passe pas contre ses héritiers ; et, d'autre part, cette longue suspension de validité dans les donations, cette nécessité qu'il faille, pour apprécier la valeur définitive d'un contrat pur et simple dès longtemps valablement consenti, attendre jusqu'au décès de l'obligé, cette bizarrerie consistant en ce qu'un contrat parfait dès sa formation entre les parties contractantes est au contraire subordonné quant à sa validité, et dans les rapports des héritiers de l'obligé et de l'autre partie, à la mort du premier, n'est guère moins juridique que la première contrariété dont elle n'est d'ailleurs que la conséquence. Deux anciens Jurisconsultes, précisément d'Argenté et le Charon qui essayèrent de faire revivre le principe de l'action du donataire, sentirent bien la contradiction résultant de la coexistence de cette action avec la Maxime, en ce que celle-ci déclare nulle la donation qui n'a pas été exécutée par le donateur lui-même ; les deux conséquences bizarres qui découlent de cette contradiction ne les frappèrent pas moins. Ils voient sans doute en elles deux objections hostiles à leur tentative de rétablissement de l'action du donataire ; ils se mirent en devoir de les

réfuter et imaginèrent deux explications de ces antinomies.

Pour justifier cette partie de la Maxime qui exige que la tradition ait été faite par le donateur lui-même, à peine de nullité de la donation à l'égard de ses héritiers, d'Argentré, (1) disait : « Est enim retentio præsertim diuturna, testis non tam *pænitentix* post actum quam *simulati actus* ipsius, veluti initio aliud actum sit. » Et Charondas le Charon (2) tente cette justification : « La raison d'icelui (273, Paris) et de l'article 274 est que celui qui a donné, s'il se réserve la jouissance de la chose donnée ou demeure en possession d'icelle jusqu'à son décès, est réputé *se repentir* de la donation et la révoquer ou n'avoir fait icelle que par *simulation*, comme si du commencement autre eût été son intention. »

Quelle est la valeur de ces essais de conciliation proposée par Le Charon et d'Argentré ?

1° Si, disent-ils, l'action ne passe pas contre les héritiers du donateur, c'est que le donateur a, dès l'origine, fait un acte *simulé* de libéralité. Voilà une première explication. Elle ne nous semble pas acceptable. Si le donateur, en effet, a fait un acte simulé, pourquoi en tirer le principe d'une obligation au profit du donataire ? Et puis, comment comprendre qu'un acte, sérieux au moment où il prend naissance, puisse ainsi *ex post facto* perdre ce caractère et devenir simulé ? La simulation ne peut être que contemporaine au contrat. Nous admettrions qu'un acte sérieux au début puisse, par suite de conventions ultérieures, intervenues entre les parties, s'entacher de simulation. Mais en dehors de ces cas, comment parler de simulation ? La simulation ne peut se présumer légèrement. Or, dans la justification que proposent

(1) Sur l'art. 228, Cout. de Bretagne.

(2) Sur les art. 272 et 275, Cout. Paris.

d'Argentré et le Charon, c'est le décès du donateur avant toute tradition qui viendrait vérifier l'exactitude de la présomption de simulation. Mais, ce défaut d'exécution peut provenir soit du scrupule très naturel du donataire, qui répugne à actionner son bienfaiteur en livraison de la chose donnée, soit de la mort inopinée de celui-ci. Comment, en l'absence d'autres faits plus probants, faire dépendre de ces seules circonstances, un changement si grave dans la volonté du donateur ? Si le donateur était mort après exécution volontaire ou forcée de la donation, on eût dit que l'acte avait été toujours sérieux ; et il va suffire de l'un de ces deux faits pour prétendre que la simulation entache cet acte ? Cela est inadmissible.

L'autre explication proposée par nos deux auteurs ne nous paraît pas plus acceptable. Ils disent que, si faute par le donateur d'exécuter avant sa mort, l'action ne passe pas contre ses héritiers, cela tient à ce qu'il s'est *repenti*. Mais alors pourquoi donner une action contre lui, s'il peut la réduire à néant par son repentir ? D'une part il s'est engagé irrévocablement, et de l'autre, il peut se repentir et révoquer. N'est-ce pas irrémédiablement contradictoire ?

Ce ne peut donc être par cette raison que l'acte de donation n'était pas sérieux, ni par cette autre, que le donateur s'était réservé la faculté de se repentir et de révoquer sa libéralité, que doit s'expliquer la règle que l'action contre le donateur meurt avec lui.

Le seul motif d'une telle décision, se tire, suivant nous, de la volonté bien certaine, bien déterminée des Coutumes de sauvegarder les intérêts des héritiers du donateur contre les donations souvent irréfléchies de sa part, ou dont il n'aurait pas eu lui-même et le premier à souffrir, puisqu'il serait resté en possession jusqu'à sa mort. D'autre part, nous le verrons, la donation en soi est vue avec défaveur, et les Coutumes et

les auteurs ne manquent aucune occasion de l'annuler. A l'époque où l'action est restituée au donataire contre le donateur seul, l'idée coutumière de la conservation des Biens dans les familles, et ses deux corollaires de la protection des héritiers des donateurs et de la défaveur des donations, sont dans toute leur vigueur et valent bien, qu'en leur considération, on fasse échec à la règle de la transmission héréditaire des dettes.

D'ailleurs la dérogation est-elle aussi inadmissible et étrangère aux idées du droit qu'elle semble tout d'abord ? Nous ne le croyons pas. D'une part, en effet, il n'est pas sans exemple que des droits naissent au profit et en la personne des héritiers, qui ne compétaient pas au défunt lui-même, et d'autre part des obligations du défunt peuvent ne pas lier ses héritiers. C'est ainsi que les héritiers réservataires, qui ont accepté bénéficiairement la succession, peuvent d'un côté se décharger des dettes héréditaires, et de l'autre, par l'action en réduction, se remplir de leur réserve, toutes choses que ne pouvait pas faire leur auteur. Et si l'on suppose, dans notre droit actuel, une donation dont l'objet n'ait pas été livré par le donateur, ses héritiers vont pouvoir, le cas échéant, conserver la chose donnée contre la réclamation du donataire, si la donation est susceptible de réduction. L'action qu'avait le donataire contre le donateur pour le forcer à livrer s'est éteinte avec celui-ci. C'est là un cas certainement analogue à celui qui nous occupe. La donation ne vaudra pas plus contre les héritiers du donateur qu'elle ne valait dans l'ancien droit à leur encontre, dans le cas où le donateur n'avait pas exécuté la donation pendant sa vie. Nous savons bien que dans l'ancien droit il n'y avait pas en général de réserve contre les donations entre-vifs ; mais l'analogie que nous avons relevée ne nous semble pas moins démontrer qu'il est possible qu'une action contre une personne s'éteigne avec elle, surtout

quand cette exception à la règle de la transmission héréditaire des dettes s'autorise d'un incontestable intérêt social.

Nous comprenons toutefois que l'opposition signalée entre ces deux règles : d'une part que le donataire peut agir contre le donateur, et d'autre part qu'il ne le peut pas contre ses héritiers, ait paru plus choquante dans l'ancien droit qu'elle ne paraît aujourd'hui dans le cas précisé plus haut. Voici pourquoi. Aujourd'hui en supposant réalisé le cas d'ailleurs assez rare, d'une donation sujette à réduction, dont l'objet n'aurait pas été livré par le donateur qui aurait continué à en jouir jusqu'à sa mort, le même résultat fâcheux de la longue suspension de validité ne se produirait pas, puisque la nécessité de la tradition a disparu de notre droit : la donation réductible au décès du donateur aurait été valable dès sa formation. Il en allait tout autrement dans l'ancien droit, et cette suspension indéfinie de validité, choquante en elle-même et bizarre, devait mettre en relief la contradiction des deux règles dont il s'agit.

L'étrangeté d'une telle conséquence conduit à cette idée que l'une des deux règles a dû précéder l'autre. Nous allons, dans un exposé rapide, rechercher comment a évolué cette théorie de l'*Action*, et tâcher de préciser à quelles époques sont apparues ces deux règles et de déterminer ainsi celle à laquelle appartient la priorité dans le temps. Peu avant Beaumanoir, la Maxime venait de faire son apparition dans la Coutume de Champagne sous sa forme définitive : *Donner et Retenir ne vaut*. Mais à ce moment elle ne signifiait qu'une chose : la nécessité de la *tradition réelle* par le donateur. L'action n'existant pas alors, l'antinomie en question n'apparaît pas.

Quand plus tard, à la fin du XIII^e siècle, Beaumanoir pose dans les Coutumes de Beauvoisis le principe de l'action, en disant des donations qu'il les « convient

à remplir » c'est pour rappeler en faveur des donataires, cette règle trop oubliée de son temps du respect dû aux donations. Le motif qui le pousse à réveiller cette règle indique bien que l'action dont est tenu le donateur doit également peser sur ses héritiers. Les donataires ont besoin d'être protégés tout autant contre les héritiers du donateur que contre le donateur même. Le conflit que nous avons constaté au dernier état du droit, n'éclate pas ici entre la Maxime et la règle de l'*action*, puisque cette action se donne contre les héritiers du donateur.

Plus tard encore, l'action du donataire disparaît au regard du donateur et de ses héritiers (xv^e siècle, peut-être xiv^e). Les choses restèrent longtemps dans cet état, jusqu'au moment où l'action fut rétablie contre le donateur seul. A ce moment la Maxime, dans la seconde de ses dispositions, signifiait que le donateur devait avoir fait la tradition réelle ou feinte pendant sa vie, pour que la donation fût valable. Or, à cette époque, les donations étaient devenues *haineuses*, les intérêts des héritiers du donateur et des familles avaient semblé devoir primer tous autres intérêts et réclamer impérieusement la sauvegarde des lois. Si d'autre part le progrès des idées juridiques fit reconnaître l'action au profit du donataire, les considérations qui précèdent vinrent s'opposer immédiatement à ce que cette action s'étendît jusque contre les héritiers du donateur, et à ce que l'on adoucît, comme au temps de Beaumanoir, la rigueur de la règle de la tradition comprise dans la Maxime; les idées nouvelles sur le danger des donations ne le permettent plus. La Maxime reste donc ce qu'elle était quant à la règle de la tradition qu'elle veut à peine de nullité de la donation, voir exécuter par le donateur lui-même. Cette partie de la Maxime subsiste en conséquence intacte, malgré le rétablissement de l'action, qui nécessairement se trouve limitée au donateur.

Ce fut alors qu'éclata l'antinomie. On le voit donc, ce n'est pas en même temps qu'apparaissent les deux règles contradictoires, dont l'une accorde l'action contre le donateur et dont l'autre la refuse contre ses héritiers. L'action est dès longtemps refusée contre les héritiers du donateur de même que contre celui-ci, quand elle réapparaît contre le donateur seul.

Pendant longtemps, nous l'avons vu, la donation n'eut pas le pouvoir d'obliger le donateur et cela même à l'époque où la Maxime a sa double signification. Et alors il semble qu'il y ait entre les deux règles qu'elle contient, contradiction absolue. D'une part, en effet, la règle d'irrévocabilité tend à enlever au donateur toute possibilité de révocation, et, d'autre part, la règle de la tradition, jointe au refus de l'action au donataire, a pour effet de laisser le donateur seul maître de valider ou non la donation par la tradition qu'il pourra consentir ou refuser.

Cette contradiction n'est qu'apparente. Le donataire n'a pas d'action. Qu'est-ce à dire sinon que la donation à cette époque n'est pas un *contrat*; ce n'est, avant l'exécution, qu'un *simple projet* de la part du donateur, qui reste libre de retenir la libéralité dans le germe ou de lui donner l'existence; la donation reste révocable jusqu'à ce qu'elle ait pris naissance par la tradition. Aussi bien, n'est-ce qu'à cette *donation consommée* que s'applique l'*Irrévocabilité*. La donation n'est pas irrévocable comme *promesse*, mais seulement comme *chose faite*, et alors elle est irrévocable avec plus ou moins de rigueur suivant la notion variable qui a été conçue de l'irrévocabilité aux différentes époques.

Nous sommes maintenant en possession d'éléments suffisants pour bien nous rendre compte de la valeur de la Maxime : *Donner et Retenir ne vaut*, comme remède contre les donations, suivant que cette Maxime se combine ou non avec l'action du donataire contre le

donateur et suivant aussi que la tradition exigée est *réelle* ou *feinte*.

Nous allons examiner successivement quatre hypothèses.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE : La *tradition réelle* est exigée ; pas *d'action* contre le donateur ; *irrévocabilité* déjà très exigeante.

Ce système était à coup sûr le meilleur pour la protection efficace des héritiers du donateur. Le donateur devait être réellement dessaisi pour que la donation existât ; et, comme le donataire n'a pas d'action pour le contraindre à livrer, le donateur a le temps de réfléchir sur les conséquences de son acte ; il peut agir en toute maturité d'esprit et *se repentir*. S'il donne, c'est à bon escient, après libre délibération, et en effectuant la tradition à laquelle il a eu tout le temps de se préparer, il marque bien que son intention est de faire une libéralité et de se priver le premier de l'objet de cette libéralité. La passion irréfléchie qui porte parfois à donner, trouve là un correctif efficace ; le donateur a eu tout le temps de se consulter et s'il prive ses héritiers d'un bien, du moins s'est-il le premier imposé à lui-même cette privation, résolument et sans rien retenir de la chose donnée. On retrouve dans l'esprit des Coutumes qui appliquent concurremment la règle de la tradition réelle et celle du refus de l'action au donataire, les idées que nous avons indiquées au début de cette thèse comme ayant dominé et inspiré l'ancien droit relativement à sa nécessité de la tradition, à savoir la *privation* complète que doit s'imposer le donateur et la *certitude* de sa sincérité. Ce système serait parfait s'il n'admettait pas l'*irrévocabilité* dans un sens déjà rigoureux.

C'est à ce point de vue que ce système, qui a ceci de commun avec le système de la loi Cincia, qu'il rend

loisible au donateur de se reprendre, est cependant moins parfait que lui. A supposer en effet que le donateur ait livré, tout est *irréremédiable*. Dans le système de la loi Cincia, au contraire, les destructions successives des liens juridiques qui enchaînent le donateur, par l'accomplissement volontaire de ses obligations, jusqu'à ce qu'aucun lien n'existant plus, la donation soit devenue parfaite, formaient autant d'épreuves séparées que devait traverser le donateur et qui lui permettaient de se ressaisir pour le tout. Et si au moment de la dernière de ces épreuves, le donateur persistait dans sa volonté jusque-là soutenue, aucun doute ne pouvait s'élever sur la sincérité de ses intentions. L'irrévocabilité était ainsi le terme des différentes étapes de la volonté du donateur dans l'intention de gratifier; ainsi comprise, elle était le gage certain de son esprit de libéralité. D'ailleurs rien n'empêchait le donateur d'apposer à la donation des clauses de reprise de la chose donnée. C'était là bien comprendre le rôle de l'irrévocabilité. C'est un peu dans ce sens qu'on l'entendit chez nous tant qu'elle resta dans les limites de son sens normal (fin du ^{xiii}^e siècle, et plus tard, ^{xiv}^e et partie du ^{xv}^e siècles). Deux épreuves successives, le pacte de donation d'abord, la tradition ensuite, subies sans défaillance de volonté par le donateur, venaient alors, comme à Rome, attester la sincérité du donateur; l'irrévocabilité s'en suivait, sans toutefois exclure toute possibilité conventionnelle pour le donateur de récupérer un jour l'objet du don. Cette faculté cadrait parfaitement, remarquons-le, avec les idées de conservation des biens dans la famille. Mais dès l'instant que l'irrévocabilité fut devenue ce que l'on sait, la logique du système fut renversée.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE : *Tradition feinte* admise, *pas*

d'action contre le donateur. Irrévocabilité très exigeante.

Ce système est bien inférieur au précédent. On ne voit plus ici la série d'épreuves dont nous parlions plus haut. La seconde épreuve qu'on remarquait dans la première hypothèse est, tout bien considéré, en quelque sorte supprimée; car la tradition n'a plus la valeur probante du cas précédent, du moment qu'elle peut être fictive.

TROISIÈME HYPOTHÈSE: *Tradition réelle. — Action contre le donateur seul. — Irrévocabilité.*

Ce système est préférable aux deux premiers. Le donateur sera très probablement touché par la perspective imminente de la dépossession effective et détourné de son projet de donation. Ce système devient souverain, si l'irrévocabilité est prise dans son sens naturel.

QUATRIÈME HYPOTHÈSE. — *Tradition feinte admise. — Action contre le donateur seul et Irrévocabilité.*

C'est le système admis aux XVII^e, et XVIII^e siècles, au moment où la Maxime a pris sa signification définitive. Ce système qui a la prétention de protéger les intérêts sociaux en vue desquels il s'est lentement échafaudé, fait complètement fausse route. Eh quoi ! On veut protéger les héritiers du donateur et maintenir les biens dans les familles ; et il va suffire d'un moment de passion du donateur pour que tout soit à jamais consommé sans retour ! On comprend que l'irrévocabilité au point où on l'a guindée, soit un épouvantail pour les donateurs et les dissuade d'être généreux ; mais au moins faudrait-il qu'ils pussent se bien pénétrer qu'ils font un acte complètement irrévocable ; or ils ne le peuvent pas s'ils agissent dans un moment de passion. Et d'ailleurs cet épouvantail n'est pas bien effrayant pour eux, puisqu'ils vont pouvoir conserver la chose donnée par devers

eux, grâce à la tradition feinte et grâce aussi, bien souvent, à la bienveillante reconnaissance du donataire qui ne les harcèlera sans doute pas. L'irrévocabilité telle que l'ont conçue les auteurs et les Coutumes ne pouvait être le frein qu'ils virent en elles, que si d'une part l'action n'avait pas existé, et si d'autre part on pouvait dire que toujours le donateur se rend bien compte des suites de son acte.

Il est juste cependant d'ajouter ici, qu'en fait, cette combinaison aboutit au même résultat que le deuxième système, car si le donataire jouit d'une action pour faire exécuter la donation, il n'en usera pas le plus souvent par scrupule de conscience et respect pour son bienfaiteur.

SECTION VI

§ 1. — *Explications diverses données par les Jurisconsultes anciens sur l'établissement de la Maxime*

La Maxime, nous le savons, se composait, à partir du xvi^e siècle, de deux règles, dont la combinaison avait pour but, dans l'esprit des jurisconsultes, sinon pour effet réel, de mettre un frein aux libéralités entre-vifs dans des intérêts qu'il reste à préciser.

Les Jurisconsultes ont donné de ces deux règles des explications diverses, tantôt spéciales à chacune d'elles, comme fait Ferrière, tantôt s'appliquant à toutes deux, comme fait Pothier.

Nous allons les passer en revue et nous constaterons ainsi que si ces explications ne donnent pas les raisons vraiment originaires de la Maxime, elles s'accordent

néanmoins fort bien, pour les époques et dans les pays au sujet desquels elles sont proposées, aux besoins y correspondant. Nous ne voulons pas dire que les deux règles ainsi expliquées satisfassent absolument en fait ces besoins. Nous disons seulement que la Maxime déjà ancienne ayant été trouvée par les Jurisconsultes, ceux-ci, sans se soucier d'ailleurs des causes historiques de son établissement, l'ont prise et développée dans tel ou tel sens, et en ont tiré, pour tel ou tel intérêt alors dominant, des conséquences qu'ils ont crues souveraines à la protection des intérêts qu'ils voulaient sauvegarder. Le résultat seul les a frappés, et, ne songeant pas aux raisons primordiales et profondes de l'établissement de cette Maxime, masquées à leurs yeux par l'effet qu'ils se flattaient d'en obtenir, ils se sont mis à expliquer la Maxime par les applications actuelles qu'ils en faisaient et le parti qu'ils en avaient tiré. De sorte que leurs explications, à coup sûr inexactes, si on les rattache aux temps plus anciens qui ont vu naître la Maxime, ont une incontestable valeur si on les rapporte uniquement aux époques où elles ont été émises.

Ferrière se réfère exclusivement à la règle d'irrévocabilité. (1)

D'après lui, c'est dans l'intérêt des héritiers du donateur et de sa famille que l'irrévocabilité a été exigée. C'est au même principe que Ricard (Donat., n° 902) rattache la nécessité de l'irrévocabilité. « Cette barrière a été opposée aux donateurs, pour qu'il ne soit pas en leur pouvoir de priver leurs héritiers de la propriété de leurs biens par cette voie (la donation entre-vifs) qu'en la quittant les premiers. »

Pour bien comprendre l'explication que donnent ces auteurs de l'établissement de l'irrévocabilité, il faut se rappeler quelles étaient les dispositions de la Coutume

(1) Ferrière sur l'art. 273, n° 8, Cout. Paris.

de Paris sur les limites apportées au droit de disposer à titre gratuit. Dans cette Coutume, à laquelle se réfère le passage de Ferrière indiqué ci-dessus, on ne pouvait, par testament, disposer que du quart des *Propres de succession*, tandis que, par donation entre-vifs, on pouvait disposer de la totalité. On donnait communément à cette limitation au droit de tester le nom de *Réserve des quatre-quints*, parce que dans la plupart des Coutumes on ne pouvait disposer par testament que du cinquième des Propres.

Les héritiers, on le voit, n'étaient donc protégés que contre les dispositions de dernière volonté, nullement contre les dispositions gratuites entre-vifs. L'esprit du temps, très attaché au principe de la conservation des biens dans la famille ne pouvait s'accommoder d'une pareille situation. Les Jurisconsultes trouvèrent le remède aux libéralités dans la Maxime *Donner et Retenir ne vaut*. Grâce à elle, le donateur conserve en principe le droit de donner tous ses biens entre-vifs qui est considéré comme un droit naturel ; mais, pour que la donation soit valable à l'encontre de ses héritiers, il faut qu'il se dépouille lui-même le premier, qu'il souffre avant eux de l'appauvrissement résultant de la donation ; il faut enfin que ce dépouillement soit *irrévocable* dans toute la force du terme. La Maxime forme ainsi, en quelque sorte, la dernière maille du réseau de dispositions protectrices qui enveloppe les dispositions à titre gratuit.

Remarquons que l'explication de Ferrière s'applique surtout au cas où le donateur ne laisse pas d'héritiers *légitimes*. Alors, en effet, l'irrévocabilité est le seul moyen de protéger les héritiers qui n'ont pas cette qualité. Il en est autrement quand les héritiers sont légitimes. Dans ce cas, en effet, les biens donnés entre-vifs pourront être repris par eux pour se remplir de leur légitime.

Les Jurisconsultes, une fois le système des mesures protectrices complété par la règle de l'irrévocabilité, crurent pouvoir être parfaitement rassurés sur l'observation du principe qui leur était si cher, de la *Conservation des biens dans la famille*. C'est à tort, nous le savons.

L'explication que donne Ferrière de la règle d'irrévocabilité s'applique à la lettre, dans les limites et avec les correctifs que nous venons d'indiquer, non-seulement à la Coutume de Paris, mais encore à toutes celles où, comme à Paris, les dispositions entre-vifs *n'étaient pas limitées* par la Coutume, ou dans celles encore dans lesquelles la faculté de disposer entre-vifs l'était *moins* que celle de disposer par acte de dernière volonté, et où cependant était appliquée la Maxime. Mais une telle explication ne pouvait convenir aux Coutumes dans lesquelles la faculté de donner entre-vifs était limitée de la même manière que celle de disposer par testament, et qui cependant admettaient la Maxime soit textuellement, soit par suite de l'interprétation que donnaient les Jurisconsultes du texte de ces Coutumes. De ce nombre étaient les Coutumes du Maine, d'Anjou (Chopin, L. 2, ch. 2, t. IV, in fine) et de Touraine. D'autre part, les Coutumes du Berry, qui laissaient la même liberté complète, quel que soit le mode de disposition, et les Coutumes de Montfort-l'Amaury (art. 87, 88), de Reims (art. 232 et 292) et de Châlons (art. 36 et 70) qui imposaient la même limite aux libéralités entre-vifs ou testamentaires, admettaient formellement la Maxime. Dans toutes ces Coutumes, il est bien évident que l'explication de Ferrière ne peut tenir; il en faudra donc chercher une autre.

Voici maintenant une explication qui convient seulement au principe de la tradition. « La tradition, dit Ricard (Donat., n° 901), fait comme le *sceau* et la *vérification* de la donation, afin qu'il paraisse qu'elle a été

faite *sincèrement* et *sans dissimulation*. A quoi l'on peut ajouter que cet établissement a aussi eu pour fondement le bien public et la sûreté du commerce, afin que la connaissance de la possession des domaines ne demeure pas incertaine, et que ceux qui viendront à contracter avec le donateur ou ses héritiers qui pourraient accepter la succession, ne voyant aucun changement dans la possession de ce qui lui appartenait, ne se persuadent pas avoir leur sûreté sur ce qui ne lui appartient plus qu'en apparence ».

C'est donc comme l'*indice* de la sincérité du donateur qu'est exigée la *tradition*. Telle est la première raison de Ricard ; c'est une des raisons que nous avons assignées au début de cette thèse à la nécessité de la tradition aux temps anciens ; cette raison, on le voit, persiste jusqu'à un période avancé de notre droit, et la tradition réelle est toujours le principe, principe affaibli sans doute, par l'admission des fictions, mais toujours vivant et souvent regretté. Le second motif de Ricard n'est en définitive qu'une conséquence du premier ; car c'est encore pour rendre certaine l'intention du donateur et éviter les fraudes possibles qu'il exige la tradition. A vrai dire, l'admission des traditions feintes a ôté à la seconde règle de la Maxime, le plus clair de son utilité et les auteurs ne se font pas faute de le reconnaître (Ricard, Donat., n° 902).

Si l'introduction des modes intellectuels de la tradition a eu le fâcheux effet de supprimer, pour le donateur, la privation complète de la chose donnée et le sentiment pénible de la perte, il faut avouer néanmoins qu'au point de vue des fraudes possibles, la disparition de la tradition réelle, comme condition essentielle de la validité des donations, n'a pas eu un résultat aussi regrettable. A l'époque, en effet, où apparaissent les traditions feintes, une institution, nouvelle aussi, s'implante dans le droit coutumier. C'est

l'Insinuation. Elle est exigée par l'ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539 (art. 132 et 133) et par celle de Moulins, de février 1566 (art. 57 et 58), comme une condition de forme nécessaire, non seulement pour l'efficacité des donations à l'égard des tiers, mais encore pour leur validité à l'égard des héritiers du donateur, et aussi bien pour les donations de meubles que pour celles d'immeubles. De cette façon, la tradition ne suffisant plus à protéger ces personnes, *l'Insinuation* devient une nécessité, pour que la donation leur soit opposable. Les *fraudes* et *clandestinités* pouvant résulter du maintien du donateur dans la possession de la chose donnée, ne pourront donc plus induire en une erreur qui leur soit préjudiciable les héritiers et créanciers du donateur. L'insinuation se faisant sur des registres publics, les personnes intéressées pourront la connaître, et si elle n'a pas eu lieu, demander la nullité de la libéralité non insinuée.

Un autre motif de l'exigence de la tradition est donné par Godefroy. « Traditionis necessitas eo tantum fine in donationibus inducta fuit, ne *improvidâ profusione* quidam bonis suis volverentur ; neque enim melius ab hac *inconsultâ facilitate* homines cohibeantur, quam si res suas *corporaliter* et *re verâ* a se ad alienos migrare videant (1). » Ce motif est tiré de l'intérêt du donateur même. C'est toujours au vieux principe de la tradition réelle (*corporaliter et re verâ*) que se réfère le commentateur du code Théodosien. Delalande dit dans le même sens : « La nécessité du desaisissement fait qu'on ne donne pas avec autant d'inconsidération (Sur l'art. 283, Cout. d'Orléans, n° 7). »

Pothier donne des deux règles la même explication, *l'intérêt de la famille*. « L'esprit de notre droit français incline à ce que les biens demeurent dans les familles

(1) Ad legem, 4, C. Theod. de Donat.

et passent aux héritiers... Nos lois ont jugé à propos, en conservant aux particuliers le droit de donner, de mettre un frein qui leur en rendît l'exercice plus difficile. C'est pour cela qu'elles ont ordonné qu'aucun ne pût valablement donner, qu'il ne se *dessaisît*, dès le temps de la donation, de la chose donnée et qu'il ne se privât pour toujours de la faculté d'en disposer, afin que l'attache naturelle qu'on possède et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement détournât les particuliers de donner ». (Pothier, Donat. entre-vifs, sect. 2, art 2).

Nous venons de passer en revue les intérêts divers à la protection desquels les Jurisconsultes des *xvii^e* et *xviii^e* siècles rattachent les règles de la Maxime. Ce qu'ils nous disent est loin d'indiquer l'origine de cette Maxime. Ces justifications diverses, en ce qui touche surtout l'irrévocabilité, si elles montrent l'utilité de cette règle pour la protection des héritiers et de la famille, ne sauraient être généralisées sans erreur et étendues aux Coutumes qui, tout en admettant la Maxime, limitent également la faculté de disposer à titre gratuit. Enfin, cet intérêt de la *Conservation des Propres* proposé comme raison de l'établissement de la règle d'irrévocabilité, ne nous donne pas, même dans les pays et pour les époques, pour lesquels cette explication est le mieux appropriée, l'origine vraie de cette irrévocabilité des derniers siècles ni la raison dernière de sa conception par les Jurisconsultes. Elle ne fait en effet que montrer comment l'irrévocabilité a trouvé un emploi utile et protecteur ; il s'agit de remonter à ses sources mêmes. Voici, sur ce point notre sentiment. Les anciens Jurisconsultes, croyons-nous, abstraction faite de tout essai de protection pour les intérêts que peuvent menacer les libéralités, se sont fait de la donation, cette idée qu'il était indispensable, pour qu'elle méritât vraiment ce nom, qu'elle fût

accompagnée d'un dessaisissement *actuel* et *irrévocable*. Ils se sont fait de la donation une idée en quelque sorte trop épurée; et en scrutant ce qu'il pensaient être l'essence même de la donation, nous voulons dire la volonté sincère et bien arrêtée de bienfaisance et d'appauvrissement, ils ont jugé que l'exigence dans la pratique de cette qualité des libéralités, avec la rigueur sous laquelle elle apparaissait à leur esprit, devait être la sauvegarde la mieux appropriée contre les dangers que pouvait engendrer la donation. C'est de la nature *intime* de l'acte gratuit et par une sorte *d'intuition spontanée*, qu'ils ont extrait suivant les époques, la nécessité de la tradition ou celle de l'irrévocabilité. Ce n'est pas sous la nécessité impérieuse de protéger tel ou tel intérêt et pour les besoins de la cause qu'ils ont créé l'irrévocabilité. Non. Cette irrévocabilité, nous le pensons du moins, préexistait dans leur esprit à l'usage qu'ils en firent dans l'intérêt de la Conservation des Propres. Certaines raisons tirées, tant des explications des auteurs sur l'irrévocabilité que de l'application de la Maxime à toutes espèces de donation (sauf les institutions contractuelles), en même temps que divers textes, nous confirment dans cette opinion.

Voici les raisons : 1° L'explication donnée par Ferrière de la règle d'irrévocabilité ne peut s'appliquer qu'aux Coutumes qui, tout en admettant la Maxime, ne protègent les Propres que contre les dispositions testamentaires. Pour les autres Coutumes telles que celles de Monfort-l'Amaury (art. 87, 88, 145), de Reims (art. 232 et 292), de Châlons (art. 63, 70) qui limitent également toutes les dispositions à titre gratuit, quel peut donc être le motif de l'irrévocabilité qu'elles exigent malgré tout? Nous croyons que l'irrévocabilité, pour ces Coutumes, découle naturellement des idées des anciens auteurs sur la nature des actes gratuits entre-vifs.

2° L'explication de Ferrière, au moins, semble se rapporter exclusivement aux *Propres de Succession* et par là même elle est incomplète, puisqu'elle ne se réfère pas aux donations d'*acquêts* ni de *meubles*, qui elles aussi étaient cependant soumises à l'irrévocabilité. Il faut donc qu'un autre motif ait fait admettre cette règle dans ces donations. Pour les différentes espèces de biens, il existait dans le droit coutumier une sorte de réserve, appelée « *légitime* », qui protégeait les descendants du disposant contre les donations et les testaments. Si l'on suppose une donation faite par une personne ne possédant que des *acquêts* et des *meubles* et ne laissant comme héritiers que des *collatéraux*, pourquoi exiger l'irrévocabilité, si ce n'est par cette raison supérieure que la nature des donations comporte une telle règle. D'ailleurs Ricard (n° 902) et Pothier (n° 900) ne distinguent plus entre les *Propres* et les *Acquêts* ou les *Meubles*, car, suivant eux, tous les Biens quels qu'ils soient, sont protégés par la règle d'irrévocabilité ; ils montrent bien par là que l'explication de Ferrière n'est pas nécessaire, universelle et qu'une autre raison plus générale doit justifier cette règle.

Voici maintenant les textes : Le Caron, dans ses *Mémorables Observations du droit Français*, écrit au mot Donation : « Celle (la donation entre-vifs) est la vraie et absolue, par laquelle le donateur donne en telle intention que la chose incontinent appartienne au donataire et qu'il ne la puisse aucunement reprendre ».

Écoutons maintenant Domat sur l'irrévocabilité : « Il s'ensuit de cette nature des donations entre-vifs qu'étant des conventions irrévocables qui dépouillent le donateur, toute donation qui manque de ce caractère et qui laisse au donateur la liberté de l'anéantir, est une donation nulle, c'est-à-dire qu'elle n'est pas en effet une donation entre-vifs. C'est de ce principe que dépend

cette règle que Donner et Retenir ne vaut » (Domat. Lois civiles, L. I, T. 10). C'est encore Ricard qui, au n° 970, écrit : « La règle ne contient autre chose que *l'extension de la définition de nos donations* aux termes que nous la pratiquons, étant appelées par nos Coutumes entre-vifs et irrévocables » ; et au n° 900, le même auteur proteste que « *l'âme de la donation entre-vifs* est le dessaisissement actuel du donateur, par lequel il témoigne qu'il aime mieux que le donataire soit maître et propriétaire de ce qu'il lui donne que lui-même ». C'est enfin Ferrière qui, dans le passage indiqué plus haut, déclare que si les donateurs ne se dépouillaient pas eux-mêmes des biens donnés, « ce serait contre la *nature* et la *substance* de la donation ».

C'est donc bien une idée préconçue, que les Jurisconsultes ont de la donation, et cette idée ils l'appliquent et la développent au profit des intérêts qui réclament une protection urgente. A côté, en effet, des intérêts divers à la sauvegarde desquels chacun d'eux rattache la Maxime, ils reconnaissent unanimement, les textes que nous venons de transcrire le démontrent, que la donation digne de ce nom doit emporter de la part du donateur dessaisissement *actuel* et *irrévocable*. Ainsi aux derniers siècles, ce sont les idées *à priori* des Jurisconsultes sur les qualités *constitutives* et *substantielles* de la donation, qui expliquent d'une manière générale et pour toutes les libéralités entre-vifs, quels qu'en soient les objets, les exigences de la tradition et de l'irrévocabilité. Cette proposition nous semble certaine.

Pour les meubles surtout, qui à cette époque étaient considérés comme choses de peu de valeur (*Res Mobilis*, *Res Vilis*), il faut bien reconnaître que l'application de l'irrévocabilité aux donations qui les renferment, ne peut procéder que d'une idée préconçue sur

cette irrévocabilité, comme attribut *essentiel* de toute donation. C'est pour cela que la donation, même de meubles, doit être irrévocable. Le peu de faveur dont jouissaient les meubles aurait dû avoir pour résultat d'affranchir de la nécessité de l'irrévocabilité les donations qui les contenaient, si l'idée de la Conservation des Propres avait seule conduit à la notion de cette irrévocabilité.

Cette notion innée que les Jurisconsultes avaient de la donation et de ses qualités, suivant eux substantielles, l'irrévocabilité et la tradition, ils s'étudièrent, pour l'étayer de son autorité, à la rattacher au droit romain, guidés sans doute ici par le secret et inconscient instinct qu'ils avaient de l'exagération de leur conception,

Voici d'abord, en ce qui concerne la règle de la *tradition*, les efforts des Jurisconsultes pour la déduire des principes du droit romain. Ricard, cherchant à expliquer pourquoi certaines Coutumes exigent la tradition réelle, tandis que d'autres se contentent de la tradition feinte, attribue ces différences aux épanchements successifs dans notre pays du droit romain dans ses divers états. « Ces usages différents sont tirés de la disposition du droit écrit, suivant les divers changements qui y sont arrivés dans la suite des temps ». (Ricard. Donat., n° 905).

Le Caron veut rattacher au droit des *Pandectes* les dispositions des Coutumes sur la Tradition : « Devant Justinien, dit-il, la donation entre étrangers n'était réputée parfaite, sinon par la *tradition corporelle* ou *mancipation*, qui était imaginaire vendition. Mais Justinien a voulu donner action pour la donation, afin d'avoir tradition, indifféremment à toutes personnes, encore qu'il n'y eût stipulation pour lui donner force obligatoire. » (1).

(1) Le Caron. Mémoires observations sur le droit français. V° Donat.

Laurière, sur la force obligatoire de la convention de donner, constatant qu'un changement s'était fait dans le droit coutumier, disait de même : « Comme dans l'ancien droit romain, il n'y avait pas (*à l'origine*) de donation sans tradition actuelle, la donation n'était alors qu'une libéralité, non un contrat, parce que, quand elle était acceptée, tout étant consommé sur le champ et à l'heure même, il n'en résultait aucune obligation civile, ni par conséquent aucune action. » (V^o Loc. Cit.).

Denys du Pont se livre à une longue discussion pour démontrer que le droit romain, dans son dernier état, avait muni de la force obligatoire la convention de donner, contrairement au droit antérieur « où la donation n'était point parfaite par le seul consentement et ne donnait pas d'action avant la tradition de la chose (1).

J. Godefroy rattachait la nécessité de la Tradition à la loi Cincia « Cincia lex mumeralis, disait-il, cohibendis donationibus lata, mancipationis et Traditionis in donationibus necessitatem regulariter induxerat. » Cet auteur faisait consister l'exception établie par cette loi en faveur de certaines personnes, en ce que la donation à elles faite était valable sans tradition, tandis qu'au contraire elle n'avait d'autre but que de valider à l'égard de ces personnes les donations excédant le *modus* qu'elle avait fixé. Nos anciens auteurs, en disant qu'avant Justinien, la donation n'était parfaite que par la Tradition, ont commis une erreur aujourd'hui reconnue. Il est en effet certain aujourd'hui que, jamais en droit romain, la Tradition n'a été considérée comme une condition essentielle de la donation. De tout temps la convention de donner, si elle avait été revêtue de la forme des contrats obligatoires et spécialement des

(1) Dionysii Pontoni in consuetudines Blesenses (T. XII, art. 169).

formes de la stipulation, était valable comme contrat et engendrait une action, même sous l'empire de la loi Cincia. Cette loi, en effet, n'aurait pas donné au donateur l'exception ni les répliques que l'on sait, si la donation était restée nulle et de nul effet en l'absence de la tradition. Merlin (Répertoire, V^o Donat. Sect. 5, art. 1), après avoir partagé l'erreur de nos anciens auteurs, l'a mise en pleine lumière et l'a condamnée courageusement. Nos anciens auteurs se méprenaient sur le but de la Tradition en droit romain, où son unique effet est de transférer la possession et la propriété. Au point de vue de la nécessité de la Tradition, le droit romain n'a jamais varié. Ce qui a varié seulement, c'est l'effet du *pacte de donation* auquel Justinien le premier a conféré la vertu d'obliger, quelque soit le donataire. Notre ancien droit, en prétendant déduire du droit romain la nécessité de la Tradition comme condition de la donation, est donc en opposition avec le droit des *Pandectes* comme avec celui de Justinien. S'il s'était conformé au droit romain, il aurait toujours reconnu à la convention de donner la force obligatoire ; il n'avait pas, en effet, à distinguer entre le pacte et la stipulation qui n'existait plus comme contrat spécial. On sait combien mit de temps cette règle de l'action à s'introduire dans le droit coutumier.

Peut-être, le droit impérial contenu au Code Théodosien fournirait-il un argument en faveur du rattachement au droit romain de la nécessité de la tradition dans les donations. Tout d'abord, cet argument paraît assez fort. Le droit du Code Théodosien, en effet, a été importé en France avant celui de Justinien, et il se pourrait fort bien que les coutumes en aient subi l'influence. Or, le Code Théodosien, au titre de *Donationibus* (VIII. 12), semble exiger la tradition réelle comme condition de validité des donations « *Et corporalis traditio sequatur* » dit Constantin dans la loi 1.

Les lois suivantes et spécialement la loi 7 paraissent venir à l'appui de la première. Mais cette épreuve n'est pas décisive. Le Code Théodosien, d'une part, n'a été connu et observé que dans les pays de droit écrit qui n'admettaient pas la Maxime, et n'a pu exercer aucune influence sur la genèse de notre droit coutumier. D'autre part, M. de Savigny a démontré, grâce à la comparaison qu'il a faite du texte écourté de la loi 1 à ce code, avec le texte original de cette loi, que comprennent in extenso les fragments du Vatican (1), que si la tradition était exigée, c'était non pas comme condition de validité de la donation, mais bien comme moyen de preuve de son existence. « *Temere non erit fides accipienda* » portent les Fragments : il faudra que le juge soit très-circonspect dans l'admission d'une preuve autre que celle résultant de la tradition.

Les anciens auteurs n'ont donc pas réussi dans leur tentative de rattachement de la règle de la tradition aux principes du droit romain. Ils sont tombés dans une erreur aujourd'hui manifeste. Ils auraient sans aucun doute vu plus clair s'ils n'avaient pas été uniquement et systématiquement préoccupés de chercher, dans les précédents du droit romain, une justification de leurs idées préconçues sur l'essence de la donation.

Le parti pris, les idées à *priori* de nos anciens Jurisconsultes sur les qualités essentielles des donations vont nous apparaître bien plus frappants encore dans le rattachement qu'ils font de l'irrévocabilité au droit romain. Ici les Jurisconsultes ne recherchent pas même quel était le caractère exact de l'irrévocabilité des donations entre-vifs dans cette législation. Une seule chose les frappe : c'est que ces donations, à Rome, étaient irrévocables et ils sont d'autant plus touchés de

(1) De Savigny. Système du droit romain. (Traduction de M. Guenoux. T. IV, p. 201, § 165).

cette qualité des donations, qu'elle ressort immédiatement dans un relief vigoureux de la comparaison de ces donations avec les testaments, sous le rapport du pouvoir de révoquer. Cela leur suffit pour se convaincre que leur conception de l'irrévocabilité est complètement adéquate à la notion romaine de l'irrévocabilité des donations. La preuve en est qu'ils ne s'arrêtent même pas le plus souvent à établir l'identité des deux systèmes; c'est là pour eux une sorte d'axiome dont ils ne doutent pas un seul instant. Suivant eux, aucun changement n'était intervenu sur la façon d'entendre l'irrévocabilité depuis le droit romain jusqu'à eux; ils n'en signalent aucun dans la jurisprudence; et il n'en était en effet apparu aucun avant celui résultant de leur étrange conception de cette règle; mais ce changement, à coup sûr, foncier, ils ne l'aperçoivent pas, et dans leur pensée ils ne font que succéder aux idées romaines qu'ils se félicitent de voir concorder avec les leurs. Un seul point pour eux fait difficulté (V. Ricard, n^{os} 1038 et suiv.), c'est celui de savoir si le droit romain allait, dans son goût pour l'irrévocabilité, jusqu'à proscrire les conditions *casuelles*; et ils l'auraient certainement suivi jusque-là, si la moindre apparence d'une pareille conséquence chez les Romains se fût manifestée à eux. A vrai dire, nous l'avons vu, quelques-uns même ont adopté cette conséquence. Mais le texte qui décida ceux-ci (L. 1 D. de Donat.) était trop peu explicite. La plupart s'arrêtèrent en deçà. Ce trait est important à mettre en lumière; il marque bien l'esprit systématique de nos anciens Jurisconsultes. Pour eux donc, la donation est *irrévocable* dans toute la force du terme et *même au-delà*, le testament est *révocable*. Voilà la grande différence très apparente qui les ancre, sans qu'ils éprouvent le moindre doute ni la moindre répugnance, dans leur notion de l'irrévocabilité. Mais aucun d'eux ne se demande si par des clauses insérées

dans la donation, il ne serait pas loisible au donateur de déroger au droit commun de l'irrévocabilité. Ce n'est pas là une question pour eux : l'irrévocabilité est un dogme qui s'appuie sur l'autorité du droit romain. Tant était puissante la conviction des Jurisconsultes sur ce sujet, que, lorsque l'ordonnance de 1731 vint apporter l'unité dans tout le royaume sur la théorie des donations, ses rédacteurs ne se doutèrent pas qu'ils faisaient une innovation dans les pays de droit écrit, où la véritable irrévocabilité romaine, celle qui se concilie avec des clauses dérogoires, était seule reconnue. D'Aguesseau, celui des rédacteurs dont, sans conteste, l'influence a le plus fortement pesé sur l'esprit de l'ordonnance, est profondément convaincu qu'elle reflète exactement les règles romaines. « Les unes et les autres (les maximes du droit coutumier et celles du droit romain), écrit-il dans la lettre 290, s'accordent parfaitement en ce qui concerne l'irrévocabilité des donations entre-vifs ». Autre part (Lettre 286.), il dit : « Il n'y a certainement rien dans cette loi qui soit contraire ni à l'esprit ni aux plus purs principes du droit écrit. » Voyez l'assurance de d'Aguesseau et concluez à l'étonnement qu'il dut ressentir en voyant la résistance des pays de droit écrit à l'ordonnance. C'était cependant la jurisprudence de ces pays et non pas l'ordonnance qui appliquait les plus purs principes du droit romain. Un fait assez curieux se produisit. Pour soutenir leur résistance, les Parlements ne se réclamèrent jamais de ce principe, qu'en droit romain l'irrévocabilité n'était que *naturelle* aux donations; ils ne mirent jamais cet argument en avant. Toute leur résistance se concentra sur des points de détail, sans qu'ils relevassent jamais nettement cette raison générale, qui pourtant protestait obscurément au fond de leur pensée contre les prétentions de l'ordonnance.

§ 2. — ORIGINE VÉRITABLE DE LA MAXIME

Ce n'est pas, nous venons de le voir, dans les derniers siècles de notre histoire, qu'il faut chercher le secret de la naissance de la Maxime *Donner et Retenir ne vaut*. L'état de notre droit à cette époque nous permet seulement de voir le fonctionnement d'une Maxime déjà ancienne, accommodée à la protection d'un principe politique considérable : la *Conservation des Biens dans les Familles*.

C'est dans notre très ancienne histoire qu'apparaît la Maxime « *Don ne vaut sans la saisine de la chose* » porte au chapitre 214 le *Livre des Assises de la Cour des Bourgeois*. Cela remonte à la fin du XI^e siècle. « *Donner et Retenir ne vaut riens* » dit l'ancienne Coutume de Champagne, dans son article 44. C'est à cette époque et même antérieurement qu'il faut nous placer pour saisir les origines de la Maxime et en apercevoir la véritable genèse. L'étude attentive de l'état social d'alors, de la pratique des donations à ces époques reculées, des dangers qu'elles créaient, nous révélera les idées qui avaient cours dans ces temps primitifs sur la matière des donations entre-vifs et qui ont trouvé leur expression dans notre Maxime.

M. Desjardins, dans la recherche qu'il a faite de l'origine de cette *Règle*, a invinciblement démontré que pour les temps qui ont précédé son apparition, la grande et presque unique préoccupation, le souci constant des esprits éclairés, ont été d'opposer une digue à la barbarie, aux violences brutales de leurs contemporains, et de leur inculquer le respect des conventions et des droits acquis.

L'œuvre et l'honneur des Jurisconsultes d'alors ont

été de lutter sans défaillance, avec les seules armes de la Justice et du Droit, contre les violences des Grands qui étendaient trop facilement la main sur les biens dont une convention valable les avait dépouillés.

En ce qui touche surtout les libéralités, les donateurs et leurs héritiers ne se faisaient pas faute de reprendre violemment les choses par eux données : la générosité n'est trop souvent qu'un accès qui passe vite ; le regret, le sentiment de la privation qu'on s'est imposée deviennent parfois trop pénibles, pour que des hommes puissants et dédaigneux de toute force immatérielle, comme l'étaient les hommes des âges barbare et féodal, aient pu résister au désir de reprendre la chose donnée. Les donataires, qui la plupart du temps étaient des humbles ou des églises et des monastères, composés d'hommes débonnaires et ennemis des violences, y étaient livrés sans défense. En présence d'un tel état de choses, on s'efforça de trouver des moyens de nature à rendre un peu de stabilité aux donations et à protéger les donataires. Mais seules parurent dignes de protection les donations dans lesquelles l'esprit de libéralité du donateur était manifeste ; c'est pour cela que la règle de la tradition prend alors tant d'importance et de rigueur. La tradition devra être absolue ; il faudra qu'aucun doute, si léger soit-il, ne subsiste quant à la sincérité du donateur.

La tradition devient la base des donations valables ; elle a pour but leur *irrévocabilité*, leur stabilité.

Ce n'est pas tout. Les Églises et les Monastères trouvent de nouveaux moyens pour détourner les donateurs de la pensée de reprendre les choses valablement données : *confirmation* par les donateurs et par leurs héritiers, *malédiction*s portées par les donateurs contre ceux de leurs héritiers qui ne respecteraient pas leur volonté, *foudres* de l'Église, *amendes* édictées contre ceux qui transgresseraient les conventions ; tous ces

moyens s'entr'aident et concourent au maintien des donations. Un temps vient enfin où tant d'efforts aboutissent, où la seule force morale des Conventions est enfin reconnue et respectée.

Les *Assises de Jérusalem*, les *Coutumiers Anglo-Normands* insistent sur la nécessité de la tradition réelle ; la *Coutume de Champagne* pose la Maxime ; *Beaumanoir* enfin proclame avec obstination le grand principe du respect des conventions qui va maintenant protéger les donataires eux-mêmes. C'est à ce moment l'irrévocabilité ordinaire des contrats en général, qui est acquise aux donations, à la condition que les libéralités soient marquées, par le moyen de la tradition réelle, au coin de la sincérité.

CHAPITRE II

Tableau de l'Evolution de la Maxime Donner et Retenir ne vaut

Nous allons tracer rapidement dans ce chapitre la marche du développement de la Maxime depuis son apparition jusqu'à la fin de l'ancien droit. Nous éliminerons autant que possible les citations des textes des Coutumes ou des auteurs, qui peuvent distraire l'esprit. Nous aurons ainsi une sorte de tableau schématique ne contenant que les traits originaux et saillants de la Maxime à ses différentes phases : le point de départ et le point d'arrivée, les deux termes de l'évolution y seront mieux visibles et nous pourrons ainsi d'un seul coup d'œil embrasser le progrès entier et les destinées successives de cette règle.

Nous y remarquerons qu'à côté des transformations nombreuses que subit l'institution, un fonds commun d'idées, une idée générale, une sorte de principe permanent survit aux changements et demeure, qui constitue comme sa physionomie, son caractère. son moi. C'est précisément dans ce principe permanent, visible à chaque phase de l'évolution, que réside la cause de la filiation qui apparente les états divers de l'institution à ses différentes phases. Nous faisons allusion ici, dans notre matière des donations, à l'idée d'*appauvrissement complet* et de *privation actuelle* que doit s'impo-

ser le donateur, dans l'esprit de l'ancien droit, en même temps qu'au caractère de *certitude* et de *sincérité* que doit porter en soi toute libéralité entre-vifs. C'est là, croyons-nous, le principe directeur que l'on voit partout dominer aux différentes phases de l'évolution de notre Maxime, et qui seul peut nous rendre compte de ses applications successives.

Nous constaterons aussi la merveilleuse souplesse de notre Maxime et sa facilité extraordinaire à s'accommoder aux besoins variables des différents âges.

Au moment où se formule pour la première fois la Maxime *Donner et Retenir ne vaut*, elle n'a d'autre but que de préciser la condition indispensable de l'efficacité de la donation et de son maintien irrévocable à l'égard du donataire. Cette condition, c'est la *tradition réelle* qui manifestera complètement l'esprit sincèrement bienfaisant et rendra incontestable la privation effective du donateur. Un peu plus tard (fin du XIII^e siècle), par la force dominante encore du courant d'idées qui avait assuré le triomphe du principe du respect dû aux donations exécutées, l'observance exacte et de bonne foi des conventions s'implante solidement dans le droit et la convention de donner emporte au profit du donataire une action contre le donateur et ses héritiers, pour la communication entière au donataire des bénéfices de la libéralité. Beaumanoir pose le principe : « *Convenance loi vaint.* » Jusqu'ici, l'intérêt du donataire réclame seul toute la sollicitude et toute la protection du droit. A vrai dire, à cette époque, la Maxime n'a plus d'existence propre et purement originale, car le droit commun des contrats s'applique aux donations. C'est une sorte d'éclipse de la règle.

Plus tard, un principe différent, celui de l'*importance prépondérante des immeubles* et surtout des *Propres* dans la consistance du patrimoine, principe renouvelé

par les idées féodales, de l'ancienne règle germanique de l'indivision des biens dans la famille, et ajusté par le droit aux besoins d'un nouvel état social, vient, au nom d'un intérêt politique considérable, réclamer secours et protection contre les libéralités.

C'est maintenant la famille, les héritiers du donateur qu'il faut à tout prix défendre. Le droit ancien y pourvoit par la *Réserve coutumière* en ce qui concerne les dispositions de dernière volonté.

D'autre part, la règle que : *Convenance loi vaint* n'a plus que faire alors ; le péril auquel les donations entre-vifs exposent le patrimoine familial est trop grave pour qu'on hésite à sacrifier ce principe. Il faut absolument endiguer les libéralités : la donation ne sera plus reçue que comme un *fait accompli* ; la simple promesse n'obligera plus le donateur ni ses héritiers. Le droit est revenu aux idées anciennes contemporaines de l'apparition de la Maxime. Mais c'est un recul, cette fois, ce n'est plus un progrès comme à l'époque de sa naissance.

Quoiqu'il en soit, la nouvelle théorie des donations entre-vifs est parfaitement appropriée au but poursuivi ; pour qu'à l'encontre du principe de la conservation des biens on consacre une donation, il va falloir qu'elle porte en elle le signe indéniable de la volonté persistante et sincère, chez le donateur, de s'appauvrir et de se priver. Nous voyons réapparaître en plein relief à cette époque le principe directeur dont nous parlions ; il n'a pas encore ici entraîné l'exagération de l'irrévocabilité comme il le fera à la période suivante. C'est la phase de l'évolution dans laquelle, sans contredit, l'intérêt que l'on veut protéger est le plus efficacement assuré. Ici encore la tradition est le fondement même de l'irrévocabilité.

Vient enfin la dernière période. Elle embrasse l'espace de temps compris entre la seconde moitié du

xvi^e siècle et la fin de l'ancien droit. L'importance des Propres s'accroît de plus en plus, leur conservation dans la famille s'impose définitivement; il faut absolument entraver les donations entre-vifs, les investir d'écueils et d'embûches. Sous la pression de cette nécessité, les idées des Jurisconsultes sur l'appauvrissement sincère et définitif du donateur, comme fondement et condition substantielle de la donation parfaite, s'exagèrent; ils en viennent à enfanter cette étrange conception de l'irrévocabilité nouvelle, excessive et contre nature. C'est toujours le même principe directeur qui explique et précise la portée de la Maxime. Ce principe est tiré des idées que se font les Jurisconsultes sur la nature intime, sur la substance même de la donation entre-vifs et s'analysent dans la nécessité de la privation et de l'appauvrissement réfléchis et sincères du donateur. C'est là le fonds commun de la Maxime. A l'époque où nous en sommes, ces idées acquièrent une telle intensité qu'elles en arrivent à se confondre, dans l'esprit des Jurisconsultes, avec celles de l'abnégation et du renoncement absolus quant à la chose donnée. Non seulement l'appauvrissement doit être actuel, il doit être encore être irrévocable, à ce point que le donateur ne peut pas même, par une clause formelle, se réserver le pouvoir de reprendre la chose donnée. C'est à grand'peine qu'on admet les conditions casuelles. L'irrévocabilité ainsi outrée, accompagnée de la tradition, va être le signe manifeste, irrécusable de l'intention généreuse du donateur.

Nous avons dit que dans la deuxième période, la tradition était la base même de l'irrévocabilité, en ce sens que pouvant seule donner l'existence à la donation, elle pouvait seule aussi en faire un acte irrévocable. La même idée est vraie pour la période antérieure à Beaumanoir. Nous croyons enfin que dans le dernier état du droit, c'est encore la tradition qui fonde

l'irrévocabilité. L'irrévocabilité a bien dès lors pour but de faire naître la conviction que le donateur s'est sincèrement dépouillé et en cela elle remplit le but attribué antérieurement à la tradition réelle. Mais si à ce point de vue l'irrévocabilité joue le même rôle que cette tradition, elle ne la supplée pas et est impuissante à la remplacer. D'abord pour le moment où la convention de donner n'a pas la vertu d'obliger le donateur, nous avons vu que l'irrévocabilité ne peut s'appliquer qu'à la donation consommée, non à la simple promesse, et la tradition peut seule encore rendre irrévocable la libéralité. Mais il y a plus et à l'époque même où le donataire est muni d'une action tendant à l'exécution contre le donateur seul, c'est encore la tradition qui seule assurera complètement l'irrévocabilité ; et cela non seulement au regard des héritiers du donateur, mais encore au regard de celui-ci même. D'une part, en effet, si la tradition n'est pas survenue du vivant du donateur, ses héritiers peuvent révoquer ; et d'autre part, le donateur pourra, jusqu'au moment où spontanément ou sur poursuites il livrera la chose donnée, révoquer sa première libéralité par une vente ou une seconde donation. Cela tient à ce que la tradition peut seule opérer le transport de la propriété.

Nous savons bien que tout acte authentique dans l'ancien droit (et la donation entre-vifs devait être constatée par un tel instrument), emportait au profit du créancier une hypothèque dite légale sur tous les immeubles du débiteur ; il résultait, il est vrai, de ce principe un droit réel au profit du donataire : mais ce droit réel, n'étant pas la propriété, ne pouvait suffire à remplir l'objet de la donation ; le donataire, en effet, devait se contenter d'un simple droit de collocation, et ce n'était là qu'un équivalent. On le voit donc, même à cette époque, c'est encore la tradition qui fonde l'irrévocabilité.

La Maxime Donner et Retenir ne vaut énonce une règle à laquelle doit se conformer ce que nous pouvons appeler le *projet de libéralité* dans un sens large. Elle lui impose une certaine *qualité*, dont il doit se revêtir pour devenir une donation irrévocable et parfaite, ayant une existence juridique entière. Cette règle, à toute époque, a l'irrévocabilité pour *but* et pour *moyen* la tradition.

Les deux règles de la Maxime ayant varié de signification et de portée suivant les temps et les intérêts à protéger, le moment de la perfection de ce projet de libéralité a dû suivre les mêmes variations. C'est ainsi qu'aux premiers siècles le projet ne devient donation parfaite que par la tradition réelle, et la Maxime, à cette époque, ne signifie qu'une chose, à savoir la nécessité du dessaisissement par tradition, base de l'irrévocabilité. Plus tard la Maxime se ramifie : le mot irrévocabilité entre dans la formule. Le *projet* devient donation parfaite, irrévocable par la tradition encore, plus irrévocable que dans la période antérieure. Nous nous plaçons au moment où le donataire n'a pas encore d'action contre le donateur. Enfin, une fois l'action rendue au donataire, la perfection de ce que nous appellerons ici plus précisément la *promesse de donation*, ne s'obtient à l'égard de tous que grâce encore à la tradition. A cette seule condition, il y a dessaisissement actuel et irrévocable.

Au xvi^e siècle, l'usage des traditions feintes s'introduit dans le droit, grâce à l'influence romaine. Plus tard, au xvii^e siècle, l'action est rendue au donataire contre le donateur seul, sinon partout, du moins dans nombre de Coutumes. Les Jurisconsultes ne purent se soustraire à cette double nécessité juridique. Malheureusement l'introduction des traditions feintes affaiblit considérablement chez le donateur le sentiment de la privation qui est la base même du système des dona-

tions, sans que d'un autre côté l'action rendue au donataire contre le donateur, vînt contrebalancer ce résultat fâcheux, à cause des scrupules du premier à poursuivre son bienfaiteur.

C'est à coup sûr un curieux spectacle que celui de nos Coutumes et de nos anciens Jurisconsultes, sollicités d'une part par le désir bien naturel de se conformer aux principes les mieux assis du droit, et d'autre part par la volonté si légitime de défendre le principe de la conservation des biens. Ils ont cru pouvoir tout concilier par des concessions qu'ils font tantôt aux principes de droit général et tantôt au principe du maintien du patrimoine immobilier. Ils admettent la tradition feinte et sapent ainsi leur système de protection, mais ils s'imaginent réparer le mal par une conception de plus en plus sévère de l'irrévocabilité. Ils donnent l'action au donataire et gâtent absolument en principe leur système défensif; ils s'en consolent en déduisant de plus en plus rigoureusement les conséquences de leur irrévocabilité. En somme, la *Maxime Donner et Retenir ne vaut*, à la fin de l'ancien droit, est bâtarde et manque son but. L'irrévocabilité accapara complètement la confiance des Jurisconsultes et ruina leur système.

La mise en péril des biens de la famille pouvait provenir d'une donation entre-vifs en tous points conforme aux prescriptions de la *Maxime*, mais intervenue à une époque très rapprochée de la mort du donateur; nous voulons parler de la donation entre-vifs faite par un mourant. Les Jurisconsultes parèrent à ce danger en décidant que dans le cas d'une donation faite dans les circonstances indiquées, cette donation ne vaudrait que comme donation à cause de mort. En cette qualité, la disposition tombait sous le coup de la *réserve*. Pothier relève cette différence entre le droit coutumier et le droit romain, dans lequel un mourant pouvait donner entre-vifs. « En droit coutumier au contraire, dit-il, un

malade, de la maladie dont il meurt par la suite, cesse d'être capable de donner entre-vifs, dès que sa maladie se déclare avoir un trait prochain à la mort. » C'est que suivant lui, on ne peut pas dire qu'un donateur qui se voit toucher à sa fin, préfère le donataire à lui-même, lorsqu'il lui donne une chose qu'il ne peut plus enlever et que la mort va lui enlever. Certaines coutumes transformaient ainsi en donations à cause de mort, toutes donations entre-vifs faites dans les 30 ou 40 jours qui avaient précédé la mort du disposant. La donation à cause de mort n'avait, dans les pays de coutumes, que cet emploi, ce rôle pour ainsi dire subsidiaire. Elle n'y avait pas été, en général, acceptée avec les caractères qu'elle revêtait dans les pays de droit écrit, où l'impossibilité de tester pour les fils de familles, parmi d'autres motifs, la rendait éminemment utile.

Nous avons porté un jugement sévère sur la valeur de la Maxime *Donner et Retenir ne vaut* en tant qu'elle contient la règle de l'*Irrévocabilité nouvelle*. Nous avons dit qu'elle manquait le but de protection qu'on attendait de son application. Il y aurait néanmoins injustice à ne pas reconnaître que par un certain côté elle remplissait son office. C'est ainsi d'abord que si la tradition n'avait pas eu lieu pendant la vie du donateur, tout était nul et la donation ne pouvait même pas valoir à titre de donation à cause de mort. Mais c'est à la règle de la nécessité de la tradition, non pas à celle de l'irrévocabilité, qu'il est juste de rapporter cet effet.

En second lieu, les règles sévères de la donation entre-vifs avaient eu pour résultat de rendre nulles et de nul effet certaines dispositions dites entre-vifs, qui n'avaient pas satisfait à ces règles. C'était là la sanction du défaut d'observation de leurs prescriptions. Toutefois, une grande controverse s'était agitée sur ce point. Ainsi, on se demandait si la donation de tous les biens

que le donateur aura lors de son décès était entre-vifs ou à cause de mort (Furgole. Commentaire de l'ordonnance de 1731, sur l'art. 1, p. 8) ; si la donation faite à la charge par le donataire d'exécuter le testament fait ou à faire était entre-vifs ou à cause de mort ; si la donation entre-vifs faite par une personne qui avait l'intention d'entrer en religion était ou non à cause de mort. D'une manière générale, il s'agissait de savoir si une donation entre-vifs qui contrevenait à la Maxime devait être annulée ou au contraire réputée donation à cause de mort, et valoir en cette qualité (V^o Ricard, Donat. 1 P. ch. 2, n^o 38).

La doctrine qui voulait admettre cette transformation dans tous les cas était trop contraire à l'esprit du temps. Les donations entre-vifs sont alors mal vues ; hors des règles sévères qui les enserrent, il ne peut pas y avoir de salut pour les libéralités de ce genre. Sans doute, la transformation était moins dangereuse qu'on pouvait le craindre au premier abord, puisque la libéralité ainsi démarquée tombait sur le coup de la *réserve*, comme disposition de dernière volonté. Mais il pouvait arriver que le donateur n'eût pas de Propres et que ne laissant aucun descendant, ses héritiers n'eussent pas droit à la *légitime* ; et, dans ce cas, une donation entre-vifs contrevenant à la Maxime allait donc, grâce à la transformation, sortir des effets comme disposition de dernière volonté ? Il est évident que rien n'était plus contraire à l'esprit du droit coutumier si hostile aux donations. Les purs principes des donations devaient s'opposer à un tel résultat. C'est ce que fit l'ordonnance de 1731 qui donna ainsi satisfaction aux véritables idées de l'ancien droit. Elle annula toutes donations de biens à venir ou soumises à des conditions potestatives (art. 15), et, d'autre part, sépara absolument la donation entre-vifs de la donation à cause de mort, exigeant pour celles-ci les formalités du testament (art. 2, 3).

Dans son article 4, elle ajouta : « Toute donation entre-vifs qui ne sera pas valable en cette qualité ne pourra valoir comme donation ou disposition à cause de mort ou testamentaire, de quelque formalité qu'elle soit revêtue. » La distinction entre les donations entre-vifs et les donations à cause de mort est on ne peut plus nettement tranchée : une barrière infranchissable sépare dès lors ces deux modes de disposer à titre gratuit (1).

(1) Glasson. Etude sur les donat. à cause de mort (Revue pratique, 1873, XXXVI, p. 333.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT ACTUEL

CHAPITRE PREMIER

SECTION I

Du dépouillement actuel et irrévocable

Le dépouillement exigé par le Code civil en matière de donations entre-vifs doit, d'après l'article 894, avoir un double caractère : il doit être *actuel* et *irrévocable*. Nous allons essayer de préciser en quoi consiste exactement chacune des deux qualités du dépouillement, l'*actualité* et l'*irrévocabilité* et de déterminer quelle est des deux, celle que notre droit actuel considère comme vraiment fondamentale et substantielle de la donation entre-vifs.

Qu'est-ce, d'abord, que ce dépouillement actuel ? Est-ce là une exigence nouvelle introduite par le Code civil ? N'a-t-il fait, au contraire que reproduire telle quelle la règle coutumière du délaissement actuel, de la tradition de fait ?

Les développements donnés au commencement de

la première partie de cette thèse nous permettent de répondre tout de suite : non, sur la deuxième de ces questions.

Est-donc alors une exigence nouvelle du droit moderne ?

Il semble bien tout d'abord que cette condition de contemporanéité du dépouillement à la formation de la donation, ne soit pas, si l'on prend le mot dépouillement dans le sens de dessaisissement d'un droit de la part du donateur, une condition spéciale à la matière des libéralités entre-vifs, mais bien une condition générale et naturelle s'appliquant à tous contrats, gratuits ou onéreux, ou plutôt même, une conséquence nécessaire et immédiate de tout contrat régulièrement formé. C'est qu'en effet, toutes les fois qu'un contrat, quelle qu'en soit la nature, acquiert sa perfection juridique, son effet principal et instantané, c'est la création, contemporaine au contrat même d'un ou de plusieurs droits purs et simples, conditionnels ou à terme. Et pour simplifier, si nous supposons un contrat unilatéral, le droit, quel qu'il soit, né au moment du contrat et du contrat même, passe incontinent sur la tête de l'une des parties qui s'en trouve saisie, tandis que l'autre en est au même instant dessaisie. Il y a donc du même coup dessaisissement du droit, objet du contrat, et investiture de ce même droit, par l'effet même du contrat. Que si le contrat a pour but de créer un droit personnel, il en résulte du même coup une dette à l'encontre de l'obligé.

Nous ne voyons donc jusqu'ici rien de spécial à la matière des donations.

Que si l'on suppose, ce qui a eu lieu à différentes époques, que la donation ne constitue pas un contrat et qu'elle n'est prise en considération qu'en tant que libéralité déjà exécutée, ce que nous venons de dire sur l'actualité du dépouillement est encore vrai, puisque

dans ce cas la donation n'existe que par la réalité même du dépouillement.

Nous pouvons, par une revue historique des différents systèmes admis sur les donations depuis le droit romain jusqu'à nos jours, constater que la donation devenue parfaite, à quelque époque que s'achève cette perfection, a toujours eu pour conséquence ou comme cause nécessaire un désaisissement plus ou moins complet du donateur au profit du donataire.

En droit romain, et avant la loi Cincia, il y avait bien *dépouillement actuel*, effet immédiat et nécessaire de la donation, dès que celle-ci était devenue parfaite et de quelque façon qu'elle eût atteint cette perfection. De ce moment, en effet, le donataire avait une action ou un moyen de défense quelconque pour obtenir ou conserver le bénéfice de la donation.

Sous l'empire de la loi Cincia, nous voyons encore cette coïncidence dans le temps de la perfection de la donation et du dépouillement du donateur. Mais ici le dépouillement contemporain de la perfection de la libéralité est plus complet que dans la précédente période. Il laisse le donateur les mains complètement vides de la *chose donnée* et de ses *utilités*. Il correspond exactement au résultat que procure l'exécution intégrale de la donation. A cette époque, il est moins le résultat de la donation que la condition essentielle de sa perfection juridique, de son existence définitive.

Plus tard, et jusque dans le dernier état du droit romain, la donation, dès qu'elle existe, donne naissance au dépouillement actuel, ou prend elle même naissance par ce dépouillement même, suivant qu'elle est un contrat obligatoire ou un simple fait accompli. Mais, dans tous les cas, il y a simultanéité entre la donation parfaite et le dépouillement.

Dans notre très ancien droit, alors que la promesse de donner n'engendrait pas d'action contre le donateur

et que la tradition de fait était exigée même à l'égard de ce dernier, le même résultat se présente que sous la loi Cincia, avec cette différence néanmoins que sous l'empire de cette loi un premier dépouillement partiel, mais non définitif, résulte de la promesse même de donner, tandis qu'ici le dépouillement est, dès qu'il existe, immédiatement intégral, parachevé. La règle de la tradition réelle emporte cette conséquence. Le dessaisissement est à cette époque la condition même et la cause de l'existence de la donation. Et ces deux faits sont encore ici contemporains. C'est bien toujours le dessaisissement actuel.

Quand plus tard la promesse de donner eut la vertu d'obliger le donateur, la donation fut parfaite, en ce qui concerne celui-ci du moins, dès l'engagement contracté et nous voyons encore un dessaisissement du donateur concomitant à la donation dont il résulte. Mais ce dessaisissement n'est plus complet comme celui que nous avons constaté dans la période précédente. Il ne consiste plus qu'en la création d'une dette à la charge du débiteur qu'il laisse nanti et de la propriété et de la possession de la chose donnée. Jugé suffisant dans les rapports du donateur et du donataire, on reconnu, sous l'influence des idées du temps, qu'il était incomplet au regard des héritiers du donateur.

Il est utile de remarquer, que dans ce dernier état de notre ancien droit, nous voyons, pour la première fois, nettement apparaître bien tranchée cette distinction des deux délaissements, l'un résultant du contrat même de donation, mais s'arrêtant en deçà de l'exécution complète de cette donation, l'autre résultant de cette exécution même, et exigé à l'encontre des héritiers du donateur, pour la validité de la libéralité à leur égard.

Le Code civil, dans son article 894, exige à son tour le dépouillement actuel. Ce dépouillement est moindre que le dépouillement *sans réserve* (Propriété et pos-

session) du droit coutumier à son dernier période, résultant de la nécessité de la tradition et exigé contre les héritiers. Il est moindre aussi que le dépouillement de notre très ancien droit, alors qu'il résultait de la tradition nécessairement réelle; mais c'est beaucoup plus que le dessaisissement résultant, à la fin de l'ancien droit, du contrat de donation et opposable au donateur.

Le dépouillement actuel consiste aujourd'hui en ce que le donateur se dépouille au moment de la donation, du droit objet du contrat, il s'en dépouille complètement au profit du donataire qui s'en trouve en même temps saisi par le seul effet du contrat. Or, ce dont se trouve dépouillé le donateur aujourd'hui, et cela, par suite des principes modernes sur le transport intellectuel de la propriété et des droits réels, c'est la *propriété* ou le *droit réel*, objet de la donation. Aujourd'hui le dépouillement actuel comprend bien le transport de la propriété; mais non plus le transport de la possession.

Cela posé, quel est donc le sens du prescrit de l'art. 894 sur l'actualité du dépouillement? Qu'est-ce enfin que ce dépouillement actuel? Il y a, il faut l'avouer, quelque chose d'étrange dans cette disposition du Code civil. Pourquoi, en effet, exiger spécialement en matière de donation, ce dépouillement, qui résulte nécessairement et dans tous les contrats des principes nouveaux sur l'effet des conventions en général? Pour l'ancien droit, on comprend facilement que les Jurisconsultes aient exigé, dans l'intérêt des héritiers, un second dépouillement complémentaire à celui résultant du contrat, lequel était en lui-même incomplet et trop éloigné de l'exécution intégrale de la libéralité. Mais au moins n'exigeaient-ils textuellement que ce dépouillement complémentaire et ne s'occupaient-ils pas de celui qu'engendrait le contrat lui-même. Aujourd'hui

qu'il n'y a plus qu'un seul dépouillement vraiment important, et qu'il dérive directement du contrat, aujourd'hui enfin qu'on ne distingue plus entre l'intérêt du donateur et celui de ses héritiers, pourquoi donc, encore une fois, cette mention spéciale du dépouillement dans l'article 894?

La raison de cette disposition du Code civil peut se déduire facilement de l'étude que nous avons faite de la règle : *Donner et retenir ne vaut*. Si le Code civil, de même que l'ancien droit, ont exigé le dépouillement actuel, c'est à notre avis pour donner satisfaction à l'idée d'irrévocabilité qui de tout temps a été le but souhaité et poursuivi dans les donations, aussi bien l'irrévocabilité exagérée des derniers siècles que l'irrévocabilité ordinaire, aux origines de notre droit. Le moyen le meilleur et le plus efficace d'assurer cette irrévocabilité, quelle qu'elle soit, a toujours paru résider dans le dessaisissement actuel du donateur.

C'est ainsi, nous l'avons vu, qu'aux premiers siècles de notre droit, la tradition de fait qui réalisait ce délaissement était exigée comme la condition essentielle de l'existence même de la donation et de sa protection contre toute entreprise de révocation de la part du donateur ou de ses héritiers. Cette proposition est vraie, *mutatis mutandis*, pour toutes les phases de notre ancien droit, dans lesquelles le donataire était dépourvu d'action pour poursuivre l'exécution de la donation.

Quand aux derniers siècles, l'action fut rendue au donataire contre le donateur seul, et que d'autre part l'irrévocabilité eut revêtu son caractère rigoureux, le dessaisissement actuel du donateur par la tradition réelle ou feinte eut encore le même rôle, asseoir et consacrer l'irrévocabilité au regard de tous, du donateur comme de ses héritiers. C'est là une vérité incontestable en ce qui concerne les héritiers, au regard desquels la donation n'était irrévocable qu'autant

qu'elle avait été matériellement exécutée par une tradition réelle ou feinte. Cela n'est pas moins vrai en ce qui concerne le donateur même. Car, si dès le moment du contrat, le lien d'obligation dans lequel il est immédiatement impliqué constitue de sa part un dessaisissement actuel et dès lors irrévocable, il n'en est pas moins vrai que jusqu'à la tradition, qui réalisait seule adéquatement le but de la libéralité et le dessaisissait irrévocablement de l'objet même de la donation, il restait le maître de détruire juridiquement cet objet par une vente ou une donation ultérieures suivies de tradition. C'était donc la seule tradition qui, même à son égard, constituait le véritable dessaisissement actuel, capable d'assurer définitivement contre lui-même l'irrévocabilité de la donation.

Nous dirons plus loin que certaines possibilités de fait laissées par la force même des choses aux mains du donateur, de porter atteinte à la libéralité, ne constituent pas, suivant nous, des moyens réprouvés par la règle d'irrévocabilité et n'infectent les donations d'aucun vice.

On pourrait nous objecter ici que le moyen, que dans les derniers siècles de notre ancien droit conserve le donateur d'aliéner à nouveau avant la tradition, le bien une fois donné, rentre dans la catégorie de ces possibilités de fait dont nous parlons, et que ce moyen n'étant pas contraire en conséquence, suivant nous, au principe de l'irrévocabilité, la donation non encore exécutée par la tradition n'en est pas moins complètement irrévocable au regard même du donateur.

Cette objection, croyons-nous, ne porte pas. Ce que nous disons en effet de l'innocuité de ces possibilités de fait n'a trait qu'à notre droit actuel et n'est d'aucune application pour le droit antérieur. Et voici la raison de cette différence. Dans le droit ancien, le contrat de donation n'engendre qu'une simple créance, qui est

loin de remplir l'objet même de la libéralité, c'est-à-dire le transport de la propriété et de la possession de la chose donnée. La tradition seule est capable d'y suffire. Il est bien certain que la donation n'est pas irrévocable, que le donateur va pouvoir la révoquer, par une aliénation de la chose donnée, avant toute tradition ; le vœu de la règle d'irrévocabilité n'est pas dès lors satisfait, et cette possibilité de fait que conservait le donateur y était vraiment contraire. Si l'ancien droit n'annulait pas, en conséquence, la donation, c'est que le contrat ne pouvant à cette époque donner naissance qu'à une créance, il eût dû annuler toute donation non accompagnée de tradition réelle ou feinte ; c'est que d'autre part, l'action dont se trouvait armé le donataire, lui a semblé devoir suffire à prévenir et neutraliser, dans la main du donateur, l'usage de la possibilité qu'il avait conservée de révoquer.

L'actualité du dépouillement intégral par le moyen de la tradition était donc à cette époque encore la condition *sine quâ non*, le fondement même de l'irrévocabilité.

Venons maintenant au Code civil. S'il parle de dépouillement actuel, ce n'est pas certes pour reproduire la règle de la tradition de fait. L'article 938 le montre de reste. Son but a été de bien marquer qu'aujourd'hui, comme avant, l'irrévocabilité dans les donations étant une condition essentielle de leur validité, ne peut avoir de base plus solide que l'actualité du dépouillement. Ce qu'il a voulu dire dans l'article 894 en exigeant que le donateur « se dépouille actuellement et irrévocablement » c'est qu'il est nécessaire que ce dépouillement soit complet, complet au sens strict et rigoureux de la donation, qu'il soit, dès le moment même de la donation parfaite dont il est contemporain, absolument irrévocable. Ce que veut en un mot le Code civil, c'est que le dépouillement soit dès actuellement et à jamais irrévocable. Les deux qualités du dépouillement doivent

être réalisées au même instant, pour qu'il y ait dépouillement en matière de donation. Et le Code civil exprime ainsi une différence avec le dernier état du droit ancien, dans lequel le dépouillement n'acquerrait pas en une seule fois, mais successivement, par le fait même du contrat d'abord, puis par la tradition, les deux qualités qui constituaient sa perfection.

SECTION II

Portée de la règle d'Irrévocabilité

§ 1^{er}. — DIFFÉRENCES DE LA RÈGLE *Donner et Retenir*
ne vaut DANS LE DROIT ANCIEN ET DANS LE DROIT
ACTUEL.

De l'ancienne règle, il ne reste plus aujourd'hui que la nécessité de l'irrévocabilité. « C'est *Donner et Retenir* quand le donateur s'est conservé la *puissance* de disposer *librement* de la chose donnée. » C'est en ces termes que Bigot-Préameneu, dans son exposé des motifs sur la loi des donations et testaments, pose la règle de l'irrévocabilité. Ces paroles qui sont empruntées à l'article 274 de la Coutume de Paris, montrent bien que l'irrévocabilité que le législateur moderne a voulu consacrer pour les donations est, dans ses caractères essentiels au moins, la même que celle exigée dans les derniers siècles de l'ancien droit.

Quant à la nécessité de la tradition, elle a disparu de notre législation. Il résulte, croyons-nous, de ce

retranchement, une conception du législateur moderne, moins rigoureuse, moins élevée, moins altruiste, qu'on nous passe le mot, mais à coup sûr plus humaine de la donation. Et cette atténuation dans l'idée de la donation, réfléchissant sur l'irrévocabilité, l'a rendue elle-même moins sévère et moins compréhensive. D'une part, en effet, le dépouillement, l'appauvrissement du donateur sera considéré comme satisfaisant suffisamment à la notion de la libéralité, bien qu'il ait joui toute sa vie de la chose donnée, dont il aura conservé la possession. Nous savons bien qu'à une certaine époque de l'ancien droit, le donateur pouvait, grâce aux traditions par voie feinte, retenir la puissance jusqu'à sa mort, sans que pour cela la donation cessât d'être valable. Mais outre que le donateur ne conservait que la jouissance et non pas la possession, ce fut là un progrès tardif, résultat de l'introduction si vivement discutée des traditions civiles. La tradition réelle était toujours la plus en honneur, toujours le vrai principe auquel on se rattachait toutes les fois qu'il était possible. La donation était toujours réputée, en règle, devoir porter sur l'intégralité d'une chose corporelle. La preuve s'en trouve dans le passage cité plus haut, où Ricard (n° 1046) parle d'une donation avec rétention d'usufruit. Pour lui une telle donation n'est pas à proprement parler une donation portant seulement sur la nu-propiété; c'est une donation de la toute propriété avec la remise, au décès du donateur, de l'exécution relative à la jouissance des fruits. Aujourd'hui, au contraire, une semblable donation est considérée comme une simple donation de la nu-propiété, et la consolidation qui, au décès du donateur, amènera la réunion de l'usufruit à la nu-propiété sur la tête du donataire, est un fait en quelque sorte indépendant de la donation, et qui résulte surtout de l'attraction juridique qu'exerce la nu-propiété sur la jouissance. La complète décomposition

intellectuelle de la propriété en notre matière, n'a fait son apparition dans les donations que grâce à la suppression de la nécessité de la tradition.

La meilleure preuve que l'appauvrissement du donateur et sa privation actuels étaient plus sévèrement exigés dans le droit ancien que de nos jours, c'est que, dans l'ancien droit, une donation ayant pour objet un simple droit de créance, si le donateur ne l'avait pas exécutée lui-même par la tradition et ne s'était pas ainsi imposé une privation réelle, était nulle et non avenue à l'égard de ses héritiers. Les anciens n'auraient pas admis une donation de somme d'argent payable au décès du donateur, tandis que nous l'admettons aujourd'hui. La seule irrévocabilité du droit de créance né de la donation n'était pas suffisante à leur gré ; ils exigeaient quelque chose de plus, ils voulaient qu'une tradition eût eu lieu pendant la vie du donateur, qui créât un droit réel au profit du donataire. Ricard, au n° 1036. dit bien qu'une donation de mille livres de rente à prendre sur les biens du donateur, pour le donataire commencer à en jouir après son décès, peut valoir comme donation entre-vifs. Mais s'il la valide, c'est que les deux traditions de fait et de droit y sont possibles ; c'est que, grâce à la tradition de fait, un droit réel et irrévocable est conféré au donataire comme sûreté de l'exécution de la donation, sur un gage précis qui ne peut plus dès lors lui échapper. Aujourd'hui, au contraire, le gage général du patrimoine est considéré comme suffisant, bien que le donateur conserve en fait la faculté de contracter de nouvelles dettes, et, par là, de compromettre l'exécution de la donation. Ce que les anciens Jurisconsultes avaient à cœur, c'était, à la vérité, l'irrévocabilité du droit, mais aussi dans une mesure au moins égale, celle de l'émolument, c'est-à-dire de l'utilité économique de ce droit, ou, si l'on veut, du droit considéré comme bien. C'était là une consé-

quence de la nécessité de la tradition, même feinte. C'est ainsi que, dans la donation d'une rente foncière avec jouissance au décès du donateur, le gage résultant sur les immeubles de la tradition feinte assurait le donataire de l'exécution de la donation au terme fixé. La tradition, en même temps qu'elle imposait au donateur un appauvrissement et une privation plus sensibles, les lui imposait irrévocablement, et le donataire était certain de ne pas voir s'évanouir son gage par la seule volonté du donateur. La nécessité de la tradition avait aussi pour conséquence de rendre l'irrévocabilité plus stricte, plus rigoureuse, en ce sens que certains moyens de fait, pour le donateur, de revenir sur la donation, tel que la possibilité qu'il conservait de créer ou d'augmenter son insolvabilité, étaient plus sévèrement proscrits. La tradition, sous ce rapport, réfléchissait donc sur l'irrévocabilité qu'elle rendait plus compréhensive, enlevant au donateur jusqu'à la simple possibilité naturelle, et dérivant de la nature des choses, de toucher, dans certains cas, à l'émolument de la libéralité. Quoi de plus naturel dans une législation où, comme nous l'avons vu, la tradition était la base même de l'irrévocabilité.

Au surplus, on sait que, dans l'ancien droit, le donateur malade, mourant de la maladie dont il souffre, ne peut faire de donation entre-vifs ; la libéralité qu'il fait en cet état, quoique en tout conforme à la Maxime, est considérée comme donation à cause de mort. Aujourd'hui, au contraire, une donation faite dans de semblables circonstances, vaut comme donation entre-vifs. L'idée de privation est moins rigoureuse.

La suppression, par le Code civil, de la nécessité de la tradition feinte, eut aussi pour résultat de diminuer la portée de l'irrévocabilité. Sans doute l'émolument doit, aujourd'hui encore, pour que la règle d'irrévocabilité soit satisfaite, être, autant que le droit lui-même résul-

tant du contrat, protégé contre les atteintes du donateur ; mais n'y ayant plus de tradition et partant d'affectation spéciale d'un gage réel et déterminé à la sûreté de l'exécution de la libéralité, le moyen de l'insolvabilité restera forcément au donateur, sans pour cela vicier la donation par application de la règle d'irrévocabilité. Il y a plus : La tradition devant nécessairement intervenir, dans l'ancien droit, pendant la vie du donateur, était forcément exclusive de toute condition, telle que la survie du donataire, qui aurait subordonné la validité de la donation à son évènement. La condition, en effet, ne pouvant se réaliser que par le prédécès du donateur, il est bien évident que la tradition ne pouvait plus avoir lieu pendant sa vie. Aussi le droit ancien proscrivait-il les donations soumises à cette condition. Ricard (n° 1046) montre bien que s'il admet une telle condition, c'est seulement dans son application à l'*exécution* (et nous savons ce qu'il faut penser de cette exécution), mais non pas dans ses rapports avec la *disposition*.

Aujourd'hui, au contraire, que n'existe plus cette façon de solidarité intime entre la tradition et l'irrévocabilité, une pareille condition est facilement admise et n'a plus rien de contraire au principe de l'irrévocabilité.

Il nous est donc permis de conclure que la double conséquence de la tradition dans l'ancien droit, à savoir la privation plus complète et plus sensible pour le donateur, et d'autre part l'idée plus stricte, plus enveloppante de l'irrévocabilité, ont perdu de leur rigueur, par la disparition même de leur cause, la tradition.

La suppression de la nécessité de la tradition, l'atténuation de l'irrévocabilité, l'appauvrissement et la privation du donateur moins rigoureusement exigées, la possibilité de donner au cas de survie du donataire, celle de donner une simple créance payable au décès

du donateur, tous ces changements qui constituent autant de différence, avec l'ancien droit, montrent que l'intérêt si puissant des héritiers et de la famille est aujourd'hui déchu de son rang dans la réalité des faits comme dans les préoccupations et le souci des rédacteurs du Code civil. Aujourd'hui d'ailleurs, la réserve des 4 quints des propres n'existe plus : il n'y a plus de propres de succession. Les seuls réservataires sont les descendants et ascendants et ils peuvent être remplis de leur réserve sur des biens quelconques, qu'elle qu'en soit l'origine et la nature ; la réserve enfin s'applique aussi bien et dans la même mesure aux donations qu'aux legs. Quant aux autres héritiers, ils peuvent se voir privés de toute la succession. Aussi bien, pourquoi exiger alors l'appauvrissement et la privation du donateur avec l'intensité que leur communiquait dans l'ancien droit la nécessité de la tradition ? Cela devenait inutile. Mais aussi, si telles sont les dispositions du Code civil sur la réserve et les moyens de la remplir, pourquoi maintenir l'irrévocabilité comme condition irritante de la donation ? Nous ne pouvons voir là que la manifestation d'un phénomène d'ailleurs fréquent dans l'évolution du droit : la survivance à son but, à son utilité, d'une institution ancienne profondément enracinée dans les mœurs juridiques, en même temps que spécialement ici, la défiance et la défaveur traditionnelles à l'égard des donations, autres que celles relatives au mariage.

§ 2. — DU TITRE ET DE L'ÉMOLUMENT

Avant d'étudier les conséquences que le Code civil a tirées dans les articles 944 à 946 du principe d'irrévo-

cabilité dans les donations, essayons, dans une théorie générale, de déterminer quelle est, parmi les éléments de la donation, la matière à laquelle doit s'appliquer l'irrévocabilité, en quoi consiste, en d'autres termes, la *chose donnée*. Nous chercherons ensuite à préciser les faits dont l'accomplissement par le donateur heurterait le principe d'irrévocabilité; quels sont ceux au contraire que le donateur pourra conserver la possibilité d'accomplir, sans pour cela faire échec au principe.

Un exemple, tout d'abord, nous montrera l'importance de cette étude préliminaire. Il s'agit de la donation conçue en ces termes : « Je vous donne 50.000 francs payables au jour de mon décès. » On verra combien il est important, pour ce cas spécialement, de déterminer exactement ce que c'est que la *chose donnée*, de distinguer les deux éléments dans lesquels elle s'analyse, nous voulons dire le *Titre* et l'*Emolument*, le droit créé par le contrat même de donation et les avantages pécuniaires qui y sont attachés; de préciser enfin les faits laissés à la discrétion du donateur, qui sont réellement proscrits par la Maxime *Donner et Retenir ne vaut*.

La donation dont il s'agit a été l'objet d'une longue et tenace discussion. Nous allons exposer sommairement les décisions données. Nous réserverons pour une section ultérieure (1) l'exposé des solutions que nous croyons les plus juridiques, tant sur cette question principale, que sur d'autres qui s'y viennent greffer.

Deux importantes questions sont débattues au sujet de la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur :

1° Une telle donation est-elle valable? Si oui, l'est-elle seulement dans la mesure des *biens présents* du donateur, ou pourrait-elle être exécutée même sur les *biens à venir*?

(1) Chapitre II, Section II. Biens à venir.

2° Quels sont les droits qui en résultent pour le donataire, soit à l'encontre des créanciers du donateur, antérieurs ou postérieurs à la donation, soit à l'encontre des autres donataires de somme d'argent également payables au décès du donateur.

Sur la première de ces questions, un système répond : non. Il ne fait pas de concessions. Un autre système répond affirmativement. Un troisième système tient que la donation est valable, mais seulement dans la mesure des *biens présents* du donateur.

Le système qui repousse toute donation du genre de celles dont il s'agit ici, s'appuie sur ce qu'une telle donation est contraire au principe fondamental de l'irrévocabilité, parceque d'une part, et en ce qui concerne ses biens présents, le donateur conserve la liberté de les dissiper, et parceque, d'autre part, et en ce qui touche les biens à venir, il reste le maître d'en acquérir ou non.

Le troisième système, qui admet tout d'abord la validité de semblables donations, mais qui ensuite en limite l'effet dans la mesure même des biens présents du donateur, se fonde, lui aussi, sur ce qu'il y aurait en réalité échec à la loi de l'irrévocabilité, si le donateur restait le maître d'augmenter ou de diminuer la surface, si nous pouvons ainsi dire, de son patrimoine qui constitue la garantie de l'exécution de la donation.

Sur la deuxième question, et en ce qui concerne les rapports de deux donataires successifs d'un même donateur, une opinion soutient que le premier donataire a sur le second un droit de préférence. Il y aurait, disent les partisans de ce système, une violation flagrante de la règle d'irrévocabilité, si dans le cas d'insuffisance de l'actif de la succession du donateur, le second donataire venait avec le premier au prorata du montant de leurs titres.

De cette exposition sommaire de ces divers systèmes,

nous ne voulons en ce moment retenir que ceci : leur idée-mère, leur cause inspiratrice, c'est un respect curieux, fanatique même, pour le principe de l'irrévocabilité. Tous s'en réclament et tous y convergent comme à une origine commune.

Nous ne croyons pas que ces systèmes soient fondés. Nous comprenons néanmoins que la faveur, dont le principe d'irrévocabilité est l'objet dans notre droit, puisse faire naître un doute dans l'étude de la question. La loi en effet exige que les donations soient irrévocables. Qu'est-ce à dire, sinon qu'il est nécessaire que le donateur ne puisse rien ressaisir de ce qu'il a donné, rien en reprendre soit à son profit, soit au profit d'un tiers ?

Ce que, comme donateur, je vous ai conféré à titre gratuit, ce n'est pas seulement un droit abstrait sur l'objet du don ; c'est surtout les bénéfices et avantages qui y sont attachés, c'est sa *valeur économique*, son *utilité* ; c'est en somme un tout dont on peut exprimer l'ensemble par le symbole A. Eh bien ! je ne dois pas pouvoir diminuer A, dans l'une quelconque de ses parties, par un moyen quelconque laissé en ma puissance. Telle semble bien être en effet la notion même de l'irrévocabilité. « Un donateur, dit Ferrière, sur l'article 274 de la Coutume de Paris, est présumé donner et retenir, quand par quelque clause renfermée dans le contrat de donation, il peut directement ou indirectement révoquer ou *rendre inutile* la donation qu'il aura faite. » *Ou rendre inutile*, retenons bien cette expression. Or, dans la donation de somme d'argent payable au décès du donateur, ne voit-on pas qu'une partie intégrante de ce total que nous appelons A, va pouvoir être diminuée ou même absorbée par l'insolvabilité du donateur ? Le donateur, certes, ne pourra pas révoquer le droit même, la *créance* qu'il a conférée au donataire, et sous ce rapport la libéralité est bien irré-

vocable. Mais tout n'est pas dit. Et si le donateur, par l'exercice même de son droit sur les biens qui composent son patrimoine, compromet l'exécution de la donation, s'il diminue cette partie économiquement utile de A, si après avoir promis 100, il se trouve que le donateur meure insolvable et que le donataire ne puisse rien toucher, est-ce que la règle d'irrévocabilité n'aura pas été violée, est-ce que le donateur n'aura pas rendu *inutile* la donation; est-ce qu'en définitive il n'aura pas donné et retenu? Sans doute la règle *Donner et Retenir ne vaut* ne va plus, comme dans l'ancien droit, jusqu'à exiger la tradition de la *chose donnée*, c'est-à-dire l'exécution matérielle de la donation par le donateur lui-même, comme condition essentielle de sa validité à l'encontre des héritiers du donateur. Mais s'en suit-il qu'en supprimant cette exigence ancienne, le législateur du C. c. ait entendu toucher à l'irrévocabilité et en diminuer ainsi la portée? S'en suit-il qu'il ait considéré cette règle comme suffisamment obéie par la création, au moyen du contrat, d'un droit irrévocable, quand d'ailleurs l'autre partie de la quantité A, à savoir le bénéfice, l'émolument même qui doit résulter au profit du donataire de l'exécution de la donation, aura été anéanti pour le tout ou du moins très diminué par le fait du donateur, du jour de la donation au jour de l'exécution? Les partisans des systèmes que nous combattons ne le pensent pas. Et à vrai dire, ils semblent bien avoir raison. Cet ensemble A, *droit, bénéfices, avantages attachés à ce droit*, tout cela a été donné; rien de tout cela ne doit rester à la discrétion du donateur: autrement la règle d'irrévocabilité serait enfreinte. C'est, d'une manière générale, également notre avis, et cependant nous croyons leurs systèmes erronés. Cela tient à ce que si nous sommes d'accord avec eux sur ce point, nous nous en séparons quand il s'agit de déterminer, de préciser quels sont les moyens de reprise

dont la possession par le donateur implique contradiction avec l'idée d'irrévocabilité, de circonscrire en un mot le domaine exact et la sphère d'application du principe de l'irrévocabilité en matière de donation.

Essayons de fixer les notions du *Titre et de l'Emolument*, et de circonscrire exactement le domaine du principe d'irrévocabilité.

Les droits *pécuniaires*, qui peuvent seuls faire l'objet des transactions intéressées ou des contrats gratuits entre les hommes, ne sont pas seulement de pures abstractions juridiques, sans corps et sans valeur.

Un droit pécuniaire a toujours une valeur économique, une valeur représentative en argent qui s'attache à lui et fait corps avec lui, comme un attribut naturel et nécessaire. Cette valeur commerciale du droit, dont il est impossible de le concevoir démuní, est, ce que dans un premier sens, l'on peut appeler l'*Emolument du droit*. Cet émolument passe avec le droit lui-même à l'*accipiens* par l'effet même du contrat. L'ensemble du droit et de cet émolument, c'est ce que nous appellerons le *Titre*. Cette expression, nous l'appliquerons aussi au droit considéré en soi et détaché de sa valeur. L'*Emolument* qui en fait partie intégrant tire sa valeur et sa puissance d'échange ou de cession, des qualités utiles de l'effet corporel qui fait l'objet du droit, s'il s'agit d'un droit de propriété, et s'il s'agit d'un fait ou d'une abstention, de l'avantage qu'il y a pour le créancier à obtenir l'accomplissement du fait ou l'inaction du débiteur.

Mais il y a un autre aspect de l'*Emolument*. La création du droit et son acquisition par l'*accipiens* grâce à l'effet immédiat du contrat, n'en sont pas le but dernier. Il y manque encore quelque chose pour que le contrat ait sorti tous ses effets. Ce contrat, il reste à l'exécuter; et l'exécution apportera à l'*accipiens* un nouvel *Emolument*, par la mise dans ses mains de

l'effet corporel ou même incorporel (s'il s'agit du transport d'une créance), qui fait l'objet du droit, ou par l'accomplissement de l'obligation créée à son profit.

Pour éviter toute confusion, nous appellerons *Emolument du Titre* l'émolument (première espèce) attaché indissolument au droit, et *Emolument d'exécution*, l'émolument communiqué au titulaire du droit par l'exécution du contrat.

Pour pouvoir distinguer, ainsi que nous venons de le faire, ces deux sortes d'émoluments, il est nécessaire de supposer que le contrat n'est pas exécuté et qu'il n'a encore produit que ses effets purement intellectuels.

Plaçons-nous donc dans cette hypothèse. Nous allons, en examinant successivement le cas d'un contrat créant une obligation, puis celui d'un contrat translatif d'un droit réel ou d'une créance préexistante, chercher à déterminer quel est, dans chacun de ces deux cas, des deux émoluments le plus important, quels moyens a le *cedens* de leur porter soit directement, soit indirectement atteinte, et enfin quels sont les effets réciproques de l'atteinte portée à l'un d'eux, sur l'autre.

Cette recherche, nous la ferons d'une manière générale et sans acception de contrat onéreux ou gratuit : nous en appliquerons ensuite les résultats aux donations en particulier.

Après avoir ainsi déterminé les faits par lesquels le donateur peut porter atteinte à l'un ou à l'autre des Emoluments, nous préciserons les caractères que doit revêtir l'un quelconque d'entre eux, pour que la faculté pour le donateur de l'accomplir, soit contraire au principe de l'irrévocabilité. Enfin, grâce à ce critérium, nous indiquerons ceux d'entre eux qu'exclut le principe de l'irrévocabilité, et ceux au contraire qui n'ont rien d'incompatible avec lui.

Occupons-nous d'abord d'un contrat générateur d'une créance.

C'est surtout dans le cas d'un droit de créance né d'un contrat et spécialement quand ce droit porte sur des choses fongibles, qu'apparaît nettement la distinction entre les deux Emoluments.

Le débiteur ne peut porter atteinte à l'émolument d'exécution, ou plutôt à son patrimoine qui en est le gage, sans diminuer par là même l'émolument du titre de créance, sa valeur pécuniaire. D'ailleurs, en diminuant son patrimoine par de nouvelles dettes, ou en le dissipant, le débiteur a fait ce qu'il avait le droit de faire ; car il était resté libre, malgré le lien antérieur de l'obligation que nous considérons, de faire tous actes, de contracter tous engagements nouveaux, sauf l'exercice de l'action Paulienne en cas de fraude (1167). Il était resté le maître de sa solvabilité. Remarquons que cette atteinte portée du même coup aux deux émoluments laisse d'ailleurs intact le *droit même* de créance. Le droit *donc n'a pas été entamé*. Ce droit subsiste dans son entier et le patrimoine du débiteur, son activité, son travail, son industrie restent le gage de l'exécution de l'obligation jusqu'à parfait paiement.

Si nous recherchons maintenant quels moyens peut avoir le débiteur de porter directement et réellement atteinte à l'émolument attaché au titre, nous n'en voyons aucun. Cet émolument du titre ne peut être effectivement réduit qu'indirectement et par réflexion de la diminution de l'émolument de paiement.

En ce qui concerne spécialement le cas d'une donation, toute la question se résumera en ceci : l'impossibilité dans laquelle s'est mis le donateur d'une somme payable à terme, en créant ou en augmentant son insolvabilité, de remplir intégralement son obligation au jour de l'échéance, constitue-t-elle une révocation de la donation ? Faut-il, en conséquence du principe d'irrévocabilité, que le donateur qui promet une somme d'argent ou des choses fongibles payables à terme ou

sous condition, ne puisse pas plus toucher, même par la faculté qu'il conserve de diminuer son patrimoine par de nouvelles dettes, à l'émolument à provenir de l'exécution qu'au titre même du droit ? Doit-on au contraire admettre qu'une telle créance est susceptible de faire l'objet d'une donation, mais à la condition qu'il existe au moment de sa naissance un *gage suffisant d'exécution* ? Ces questions seront résolues plus loin.

Supposons maintenant un droit réel qui vient d'être transféré par un contrat non encore exécuté. Nous voyons encore ici, attachée étroitement au titre, une valeur qui en est l'appréciation économique, valeur bien distincte du second émolument qui, lui, ne sera communiqué au propriétaire de ce droit que par l'exécution matérielle du contrat, la livraison de la chose transférée en propriété. Livrons-nous, sur le droit réel, à des recherches analogues à celles que nous avons faites sur le droit de créance.

D'après les principes du droit moderne, la convention de transporter la propriété engendre immédiatement ce résultat. Et dès lors, l'émolument qui accompagne le droit, n'est ici autre chose que la valeur de la chose même, objet du droit. Cet émolument est ici moins instable que son analogue dans le droit de créance. Dans notre hypothèse, en effet, le bien, objet du contrat, est devenu la chose de l'*accipiens* et l'émolument du droit cédé a pour gage ce bien même. L'émolument attaché au droit de propriété pourra bien diminuer, mais ce sera le plus généralement par l'effet de circonstances économiques. Le *cedens* ne peut porter atteinte à cet émolument que par un crime (incendie) un délit civil ou un quasi-délit, s'il abuse de la jouissance qu'il peut avoir conservée de fait, ou encore par une disposition ultérieure du même objet, et dans tous ces cas, il engage sa responsabilité contractuelle.

(Nous supposons l'existence d'une loi de publicité sur le transport des droits réels.)

A l'inverse de ce qui se passe pour le droit de créance, l'émolument du droit a donc ici une importance bien plus grande que l'émolument d'exécution. Cela tient à ce que, dans le cas d'un droit de propriété, l'émolument attaché à ce droit contient, par l'effet même du contrat, une valeur importante, à savoir celle de l'objet du droit, valeur qui, dans le cas d'un droit de créance, ne peut être communiquée au créancier que par l'exécution du contrat, et rentre ainsi dans le second émolument. En poussant plus loin la comparaison, nous reconnaitrons que l'atteinte portée par le *cedens* à l'émolument du droit réfléchit contre l'émolument d'exécution : il est en effet certain qu'en diminuant ou en détruisant la substance de la chose transférée en propriété, le *cedens* atteint indirectement l'émolument d'exécution. Ici encore le résultat est inverse de celui que nous avons constaté pour le droit de créance, et cela n'a rien que de naturel, puisque ce résultat qui nous occupe n'est lui-même qu'une conséquence des importances relatives des deux émoluments, lesquelles nous venons de reconnaître inverses elles-mêmes.

Ces différences s'expliquent facilement, et si l'on va au fond des choses, on reconnaît qu'il y a identité de résultat dans les deux cas. En effet, le but dernier d'un contrat, c'est bien en général de faire acquérir à l'*accipiens*, une chose en propriété. Et cela est vrai, aussi bien des contrats générateurs d'un droit de créance que de ceux qui transfèrent un droit de propriété.

La créance n'est qu'un état intermédiaire et provisoire qui doit se délier un jour par l'exécution de l'obligation corrélatrice, et donner ainsi naissance le plus souvent, c'est le cas qui seul nous intéresse, à un droit de propriété au profit du créancier.

Lorsque l'objet du contrat est un *corps certain*, la propriété en est transférée par la vertu même du contrat qui se trouve ainsi exécuté en grande partie. Il en résulte que l'émolument que nous avons dit être attaché au titre, pour conserver la même terminologie dans les deux cas d'un contrat créateur d'obligation et d'un contrat translatif, n'est au fond qu'un émolument d'exécution d'une obligation éteinte aussitôt que née. Cet émolument n'est donc pas ici le pendant de l'émolument attaché au droit de créance. En réalité, il est le pendant de l'émolument d'exécution d'un tel droit. Il en résulte que dans les deux cas (droit de créance ou droit réel), c'est toujours l'émolument d'exécution qui est le plus important.

A l'inverse de ce qui se passe pour le droit de créance, le *cedens* d'une chose corporelle peut directement atteindre l'émolument attaché au droit. La raison en est que cet émolument du droit réel correspond précisément à l'émolument d'exécution dans le droit de créance. Mais voici la différence entre les deux cas : Pour le droit de créance, l'insolvabilité du débiteur qui compromet l'exécution est loisible à celui-ci, sous la réserve de sa responsabilité contractuelle. Pour le droit réel au contraire, le *cedens* peut atteindre le gage, c'est-à-dire la chose transférée, non seulement par des actes contraires à ses obligations contractuelles, mais encore par des actes délictueux, tels que la destruction matérielle de la chose.

En ce qui concerne le droit réel, le *cedens* peut diminuer directement l'émolument d'exécution, en conservant la jouissance de la chose ; mais cette simple continuation de jouissance ne réfléchit pas sur l'émolument du droit, si d'ailleurs le *cedens* ne commet pas d'abus de jouissance ; et dans ce cas même, l'atteinte qui résulterait de tels abus, serait une atteinte directe à l'émolu-

ment du droit et non une simple conséquence de la diminution dont souffre l'émolument d'exécution.

Nous en dirons autant du cas où le *cedens* resté en possession, détruit la chose : c'est là certainement une atteinte qui frappe directement et principalement l'émolument du droit.

Pour le droit de créance, il n'y a pas d'émolument distinct de celui d'exécution, et correspondant à l'émolument qui consiste, pour le droit réel, dans la communication de la jouissance et possession de la chose transférée ; car pour le droit de créance, c'est du même coup que se trouvent transportées et la propriété et la possession ; pour ce droit tout est exécuté ou rien ne l'est ; il n'y a pas de moyen terme.

Jusqu'à l'exécution, le débiteur aura bien pu porter atteinte à l'émolument d'exécution, en compromettant son patrimoine, et par suite à l'émolument du droit ; mais l'exécution faite, il n'est plus en son pouvoir d'atteindre l'objet livré autrement que par des actes délicatueux.

Nous avons vu que les entreprises faites par le débiteur sur la consistance de l'émolument d'exécution laisse subsister intact le droit lui-même de créance, et que ce droit est absolument indépendant, sous ce rapport du moins, de l'émolument de son nom, et par conséquent de l'émolument d'exécution dont le premier n'est qu'une émanation. Que dire du droit réel ? L'atteinte portée par le *cedens* à l'émolument du droit, qui correspond en réalité à celui d'exécution pour le droit de créance, peut en certains cas, réfléchir contre le droit même de propriété. Mais il faut, pour qu'un tel résultat se produise, que cette atteinte à l'émolument du droit, ait pour conséquence sa destruction totale. Par exemple, le *cedens* qui a conservé la possession de la chose transférée, l'a détruite matériellement ; il a brisé le meuble donné ; il a incendié la maison sur la-

quelle portait l'usufruit, objet du contrat. Dans tous ces cas, cette destruction de l'émolument du droit par le *cedens* entraîne l'anéantissement corrélatif du droit lui-même. On ne peut plus se dire propriétaire ou usufruitier d'une chose qui a péri. Ainsi donc, dans le droit réel, le titre est assez fortement lié à l'émolument et assez dépendant de lui, pour que la destruction de l'émolument entraîne la sienne.

Au point de vue de la répercussion, sur le droit, des atteintes portées à son émolument, on pourrait dire, d'une manière absolue, semble-t-il, que le titre, pour le droit réel, c'est en somme le droit même avec son attribut nécessaire, l'émolument, et que ces deux choses n'en font qu'une : *le Titre*. Mais il ne faut pas généraliser : la distinction du droit et de l'émolument qui y est attaché doit être conservée en principe, même pour le droit réel : parce que même pour ce droit, nous verrons bientôt un cas, celui de la diminution de la valeur de la chose donnée ou émolument du droit, dans lequel cette diminution ne réfléchit pas sur le droit, et où par conséquent la distinction s'impose.

Dans le droit de créance, il n'existe pas cette réflexion passive de l'émolument d'exécution sur le droit lui-même. Il y a bien, pour le droit de créance, subordination de l'émolument au Titre ; mais la réciproque n'est pas vraie ; le Titre a une vie indépendante de l'émolument. Pour le droit de propriété au contraire, nous venons de constater un cas dans lequel le titre lui-même dépend de l'émolument, en sorte qu'il y a, pour ce droit, une subordination et une dépendance mutuelles, au point de vue des répercussions. Il est d'autre part certain que la destruction totale ou partielle du titre de propriété retentit dans les mêmes proportions sur l'émolument du droit. Ainsi par exemple, il n'est pas douteux que le fait par le *cedens*

de vendre ou donner tout ou partie de la chose déjà transférée une première fois, avant la transcription de la première aliénation, en même temps qu'il détruit en tout ou partie le titre de l'*accipiens*, détruit dans les mêmes termes l'émolument.

L'entreprise faite sur l'émolument, quand il s'agit d'un droit réel, peut donc parfois réfléchir sur le titre. Mais ce résultat n'est pas général et il peut arriver qu'à une diminution de l'émolument ne corresponde pas une diminution dans le titre. Il en est ainsi par exemple, dans le cas où le *cedens* resté en possession de la chose donnée après l'acte translatif, a, par des abus de jouissance, diminué la valeur de cette chose. Le titre de propriété de l'*accipiens* n'en reste pas moins intact.

Ce que nous venons de dire sur le droit réel s'applique, *mutatis mutandis*, aux cessions de créance.

Résumons, avant de pousser plus loin, les moyens que la partie qui a créé ou transporté le droit, le *débiteur* ou le *cedens*, conserve en fait et indépendamment de toute convention, de porter une atteinte complète ou partielle à l'un des trois éléments de la quantité A, et consignons sommairement les rapports de réciprocité de ces trois éléments.

En ce qui touche le droit de *créance*, nous avons reconnu :

1° Que le débiteur n'a aucun moyen de détruire le titre de créance une fois formé, ni de le diminuer. Ce titre est *irrévocable* dans les termes du droit commun. L'insolvabilité du débiteur n'empêche pas ce titre d'exister intact, avec toute sa force. Le créancier pourra se récupérer sur le patrimoine du débiteur revenu à meilleure fortune, ou sur celui de l'héritier pur et simple de ce dernier ;

2° Qu'en détruisant ou diminuant par son insolvabilité le gage d'exécution de la créance, le débiteur porte

une atteinte directe à l'émolument d'exécution, et que cette atteinte se répercute sur l'émolument du droit ;

3° Qu'inversement le débiteur n'a aucun moyen direct, même en fait, de compromettre l'émolument du droit ; qu'il ne peut y toucher qu'indirectement et par ricochet, en atteignant d'abord l'émolument d'exécution.

En ce qui concerne le droit de *propriété* ou de *créance déjà née*, nous avons constaté :

1° Qu'en portant atteinte à l'émolument du droit, le *cedens* atteint par là-même l'émolument d'exécution, la jouissance devant nécessairement supporter une perte proportionnée à la diminution de la chose, objet du contrat, et qu'en entreprenant ainsi sur l'émolument du droit, le *cedens* engage toujours la responsabilité *contractuelle* et parfois, en outre, la responsabilité *délictuelle*.

Et nous avons relevé ici cette différence : que pour le droit de créance, le débiteur, en compromettant par son insolvabilité l'émolument d'exécution, qui correspond à l'émolument du Titre dans le droit réel, n'engage jamais que sa responsabilité *contractuelle* ;

2° Qu'en diminuant l'émolument d'exécution par sa jouissance postérieure au contrat, il laisse néanmoins intacts et le titre et l'émolument du droit ;

3° Qu'à la différence de ce qui se passe pour le droit de créance, le *cedens* peut détruire juridiquement le titre même de propriété, soit directement par une vente ou une donation ultérieure, totale ou partielle, de la chose déjà transférée, soit indirectement par la destruction matérielle, complète ou partielle, de cette chose (incendie total ou partiel de l'immeuble aliéné, destruction du meuble donné) : qu'en détruisant de l'une ou de l'autre de ces manières l'objet du contrat, le *cedens* se soumet par là-même à une action en dommages-intérêts, et parfois encourt une peine ;

4° Qu'en diminuant l'émolument du droit, le *cedens*

ne porte aucune atteinte au droit lui-même, mais qu'il diminue certainement l'émolument d'exécution.

Les résultats que nous avons recueillis dans cette étude s'appliquent à tout contrat, onéreux ou gratuit.

Il nous faut maintenant faire intervenir l'idée de *libéralité* et rechercher si la possibilité, pour le débiteur ou le *cedens*, d'atteindre par les faits sus-indiqués l'un des éléments de A, est ou non compatible avec le principe d'irrévocabilité. En d'autres termes, il nous reste à préciser, quant aux moyens de révocation qu'il réproouve, la portée de ce principe.

Supposons pour le moment, sauf à l'établir plus tard, que la protection du principe d'irrévocabilité s'étend, dans les limites que nous allons déterminer sur sa portée quant aux moyens de reprise, à l'Émolument *dans son entier*, tout aussi bien qu'au droit lui-même et le couvre aussi énergiquement que lui.

Demandons-nous donc si la simple possibilité laissée au donateur d'exécuter les différents faits précisés plus haut, attentatoires à l'intégrité de la donation, n'est pas contraire au principe d'irrévocabilité. Demandons-nous quels sont les caractères que doit revêtir le fait par lequel le donateur entreprend sur la chose donnée, pour que la possibilité qu'il conserverait de l'accomplir soit incompatible avec la règle de l'irrévocabilité.

Le but de l'irrévocabilité, c'est de mettre la *chose donnée* hors des atteintes futures du donateur, de la soustraire complètement à son empire. Il faut que le donateur donne résolument, pour le présent et pour l'avenir, et qu'il s'interdise *tout moyen volontaire* de satisfaire à un repentir possible. Le donateur, au moment du contrat, aura pu, dans la prévision et en considération de regrets ultérieurs, se réserver, dans le contrat même, un moyen dépendant de sa volonté seule, d'empêcher la donation, de la réduire ou de l'anéantir, (Condition potestative, réserve du droit de

disposer, faculté de contracter des dettes non limitées dans un état). Dans tous ces cas, il est certain que le donateur ne donne pas résolument. Mais en dehors de ces moyens que le donateur se crée par la convention même, il y en a d'autres que la convention n'a pas besoin de réserver, pour qu'ils existent en sa puissance. Le donateur, par exemple, pourra toujours en fait, dans une donation portant sur un ensemble d'objets mobiliers, en soustraire ou en aliéner à nouveau quelques-uns, avant la tradition ; il pourra, s'il est resté en possession de la chose donnée, exercer sur elle des abus de jouissance ; il pourra la détruire matériellement ; il pourra enfin, si la donation a eu pour objet de créer une obligation contre lui au profit du donataire, en absorber l'émolument par son insolvabilité.

En ce qui concerne les moyens réservés de la première catégorie, ils constitueraient, en supposant de de telles clauses permises, de véritables *droits* pour le donateur. Quant aux moyens de la seconde catégorie qui seraient restés en fait, et par la force même des choses, dans la main du donateur, leur emploi ne constitue jamais pour lui un droit. Par leur usage, au contraire, il commet un empiètement, une usurpation, qui engagent sa responsabilité contractuelle ou délictuelle, ou toutes deux à la fois.

Occupons-nous d'abord des moyens que le donateur a naturellement en son pouvoir, et, sans le secours d'une clause spéciale, de revenir sur sa libéralité.

Nous ne pensons pas que la notion sainement entendue de l'irrévocabilité doive conduire à cette conséquence, que la simple possibilité, pour le donateur de détruire ou diminuer la donation par un de ces moyens (*actes délictueux ou fautes contractuelles*, et spécialement *insolvabilité*), constitue une cause de nullité de la donation, sous le prétexte que leur emploi dépend de sa seule volonté. Aussi bien, en effet, une

pareille conséquence, si on l'admettait, n'irait à rien moins qu'à rendre impossible toute donation quelconque, car le donateur restera toujours le maître d'aliéner, par exemple, une seconde fois le meuble ou l'immeuble donné, avant toute tradition ou transcription, d'abuser de la jouissance de la chose dont il a été laissé de fait en possession, de détruire, par son insolvabilité, le gage d'exécution de la donation. Tous ces faits constituent des *fautes contractuelles* ou *délictuelles* de la part du donateur et l'interdiction, même formelle, à laquelle il se serait expressément soumis par le contrat de donation, de ne pas les commettre, n'empêcherait pas qu'*en fait* il ait conservé cette faculté ou plutôt cette licence, cette possibilité d'entreprendre sur les droits acquis à autrui. En ce faisant, il aura sans doute porté atteinte à la donation, mais nous ne croyons pas que, la règle d'irrévocabilité répugne à cette catégorie de moyens; ce n'est pas là des cas d'application de cette règle. Il n'a pu, en effet, être question de vouloir, en consacrant l'irrévocabilité, empêcher un acte qui ne peut être empêché. L'article 950 nous fournit un argument à l'appui de notre opinion. Il prescrit que le donateur devra payer le prix de l'estimation des objets mobiliers soumis à son usufruit, au cas où il ne pourrait pas les représenter en nature. Qu'est-ce à dire, sinon que, lors même que cette impossibilité de représenter le meuble en nature proviendrait d'un fait du donateur, par exemple de ce qu'il l'aurait détruit ou aliéné, un tel moyen de reprise, conservé par le donateur, n'entache nullement la donation du vice d'irrévocabilité? La seule sanction, d'où que provienne l'impossibilité de représenter le meuble, de sa mise hors d'usage par la jouissance légitime du donateur, ou d'un fait volontaire de celui-ci, consiste dans le paiement d'une somme fixée d'avance.

Allons plus loin, si le donateur, par une clause

spéciale et formelle, s'était réservé la faculté de commettre un de ces délits destructifs de la chose donnée, une telle clause serait déclarée *non écrite* (art. 900) et la donation vaudrait malgré cela. C'est là une preuve que ces faits délictueux n'ont rien à faire avec la règle d'irrévocabilité qui n'a pas été créée contre eux. Ainsi, s'il est nécessaire que le moyen de reprise dépende de la *seule* volonté du donateur (art. 943) pour tomber sous la proscription de la règle, cela ne suffit cependant pas pour qu'il soit réellement réprouvé par elle.

Nous venons de dire que la clause, par laquelle un donateur se serait réservé de pouvoir commettre un de ces délits, destructifs de la chose donnée, devrait être déclarée *non écrite* par application de l'article 900. Cela est d'évidence. Il n'en est cependant ainsi qu'autant que la clause autorisant le fait ne pourrait avoir pour conséquence de lui enlever tout caractère délictuel. Et lors même que malgré la clause, le caractère resterait attaché au fait prévu, il y aurait lieu d'annuler la donation tout entière, s'il résultait des faits que les parties ont eu principalement en vue de rendre la donation révocable. C'est encore la donation tout entière qui devrait être annulée et non pas seulement la clause, dans le cas où cette clause aurait pour effet de destituer le fait visé de tout caractère criminel. C'est ainsi, par exemple, que la réserve par le donateur, de vendre un des meubles donnés, dont il a conservé conventionnellement l'usufruit, dépouillerait du caractère d'*abus de confiance* la vente qu'il en consentirait. Mais en revanche, cette clause, tendant à fournir au donateur un moyen facultatif de revenir en partie sur la donation (art. 946) devrait entraîner la nullité de la donation, relativement à l'objet soumis à la réserve.

En ce qui concerne les actes d'*abus de jouissance* du donateur ou la *possibilité* pour lui de créer son *insolvabilité*, il y aura lieu à notre avis d'établir une dis-

tion, suivant que ces actes d'abus ou la création de l'insolvabilité auront été ou non, l'objet de réserves spéciales par une clause du contrat. Supposons d'abord que le contrat ne contienne pas de semblables réserves. Sans doute, la simple possibilité pour le donateur d'accomplir ces actes d'abus, soit pendant la jouissance que le donataire lui laisserait en fait sur la chose donnée, soit pendant l'usufruit qu'il s'en serait réservé, n'est pas, au cas où de tels actes n'ont pas été spécialement réservés par une clause du contrat, en contradiction avec la règle d'irrévocabilité. La raison en est que de tels actes ne peuvent être empêchés. De même et pour les mêmes raisons, la possibilité pour le donateur de créer son insolvabilité, si d'ailleurs cette faculté dérive pour lui de la nature même des choses, ne peut faire annuler la donation au nom de l'irrévocabilité violée.

Il n'y aurait lieu, dans ces cas, qu'à des dommages-intérêts pour le défaut d'exécution de l'obligation à l'échéance. C'est bien un droit pour le donateur de gouverner à son gré son patrimoine. Mais si son droit est de se gérer en maître dans l'administration de son patrimoine, son *devoir contractuel* est de conserver de quoi acquitter ses obligations.— Annuler la donation d'une somme d'argent, par exemple, sous le prétexte que le donateur a conservé la faculté de devenir insolvable, serait aussi déraisonnable que d'annuler, pour le même motif, une obligation contractée à titre onéreux. Les contrats à titre onéreux, en effet, sont, eux-aussi, *irrévocables* et la différence qui existe entre eux et les donations consiste seulement en ceci, que les clauses, réservant au *débiteur* ou au *cedens* le moyen de revenir en tout ou partie sur le contrat, sont permises pour les premiers, tandis qu'elles sont prohibées pour les seconds. Mais quand une obligation a été contractée *purement et simplement*, sans réserve d'aucun moyen de reprise, elle est également irrévocable, quel que soit le contrat,

onéreux ou gratuit, qui lui a donné naissance, ou plutôt contractée à titre gratuit, elle ne l'est pas plus que contractée à titre onéreux, en ce sens que dans les deux cas, la possibilité de créer l'insolvabilité n'est pas contraire à l'irrévocabilité, quelle que soit la portée qu'on assigne à ce principe.

Supposons maintenant que l'acte de donation contienne une réserve spéciale, et plaçons-nous d'abord dans le cas d'actes d'*abus de jouissance*. Sans doute, et de même que pour les actes délictueux du donateur sur la chose donnée, la réserve par le donateur, dans le contrat même, de la faculté de commettre ces actes d'abus, devrait être, en *principe*, déclarée non écrite aux termes de l'article 900, sans emporter la nullité de la donation. Mais il peut en fait arriver dans notre hypothèse que les termes employés dans le contrat, pour conférer cette réserve au donateur, fassent nettement apparaître que l'intention des parties a été bien plutôt de battre en brèche le principe de l'irrévocabilité et de s'y soustraire, que de faire une convention contraire aux lois ou à l'ordre public, tombant sous l'application de l'article 900. Ainsi, par exemple, un donateur s'est réservé l'usufruit, sa vie durant, de l'immeuble donné, et par une clause spéciale il s'est dispensé de jouir en bon père de famille. Il y a là, et dans les cas analogues, au fond de la volonté des parties, la pensée souvent certaine et l'intention bien arrêtée de se débarrasser de la règle d'irrévocabilité; dans tous ces cas, le juge du fait devra annuler la donation, ainsi faite au mépris de cette règle, et ne pas se contenter de bâtonner purement et simplement la clause, comme contraire aux lois. On voit donc par là que la faculté conventionnelle pour le donateur de commettre des abus de jouissance, n'est pas toujours et absolument étrangère à la règle d'irrévocabilité. Il faut, en conséquence, distinguer deux cas et dire : ou bien la réserve de la faculté de

commettre ces actes d'abus constitue une infraction à l'article 900, et il n'y a lieu que d'annuler la clause ; ou bien les parties, en ménageant cette faculté au donateur, n'ont eu d'autre but que d'échapper à la règle d'irrévocabilité ; et il faut alors annuler clause et donation. Cette sanction est ici la seule possible. D'une part, en effet, la clause dont il s'agit fait disparaître toute possibilité de faute contractuelle ; et, comme d'autre part et par hypothèse, les parties ont eu pour but de se dérober à la règle d'irrévocabilité, bien plutôt que de contrevenir à l'article 900, la nullité de la disposition s'impose.

Si, au contraire, le juge du fait voit surtout dans la clause de réserve une atteinte à un principe d'ordre public, il biffera cette clause par application de l'article 900 et laissera vivre la donation. Le fait d'abus du donateur, qui, si la clause de réserve avait été maintenue, aurait été purgé de tout caractère de faute contractuelle, devient une contravention au contrat. Il y aura faute *contractuelle*, comme dans le cas d'abus de jouissance sans clause spéciale, et pas d'application possible de la règle d'irrévocabilité.

Nous avons vu que la possibilité qu'a le donateur de créer *en fait* son insolvabilité n'est pas contraire à la règle d'irrévocabilité, en ce sens que ce moyen pour le donateur de porter atteinte à la donation, bien que résultant de sa volonté, ne peut faire annuler la donation comme *révocable* ; la seule sanction est ici celle des dommages-intérêts pour la non-exécution de la dette à l'échéance.

Supposons maintenant une clause par laquelle le donateur se soit réservé la faculté de créer son insolvabilité.

Si cette clause, dans l'intention des parties, n'avait d'autre effet que de constater la possibilité, existant en fait pour le donateur, de devenir insolvable, sauf à

répondre de son insolvabilité, cette clause n'aurait pas de signification, et ce cas se confondrait avec celui où il n'existe aucune clause relative à l'insolvabilité. Mais il est peu probable. Les parties, qui auraient réservé pour le donateur le droit de créer son insolvabilité, ayant certainement voulu dire quelque chose, la clause ne pourrait signifier que ceci : c'est que l'obligation contractée sera limitée définitivement, et quant au titre même du droit, et quant à l'exécution, à ce que le donateur aura dans son patrimoine au moment de l'échéance. Une telle clause, permise dans un contrat onéreux, dans lequel il peut être conventionnellement arrêté que le débiteur pourra se délier par sa volonté, est, en matière de donation, complètement inacceptable. Elle aurait pour résultat de faire disparaître la faute contractuelle qui perpétue l'obligation première en une obligation de dommages-intérêts et serait, par la même, manifestement contraire à la règle d'irrévocabilité. La donation devra être déclarée nulle.

Nous avons vu que la possibilité, pour le donateur, d'atteindre la donation par certains moyens destructifs de ses effets et restés en fait en son pouvoir, ne constituait pas une dérogation à la règle d'irrévocabilité, qui a dû forcément s'arrêter en deçà de ces moyens. Il ne faudrait pas voir une objection à tout cela dans la disposition de l'article 949 et dire que l'état estimatif étant exigé, en conséquence de la règle d'irrévocabilité, pour empêcher le donateur de faire disparaître les objets donnés, la simple possibilité de fait, pour le donateur, de soustraire ces objets, est contraire à la règle d'irrévocabilité, puisque c'est au nom même de cette règle que l'état est exigé. Il ne faudrait pas conclure de là qu'en général toute possibilité de fait, conservée par le donateur de toucher à la donation, est contraire à l'irrévocabilité. On comprend fort bien, en effet, en ce qui concerne la donation d'objets mobiliers, la pres-

cription de l'article 949, qui n'est qu'une mesure de précaution contre les retours du donateur. On aurait pu généraliser cette mesure et l'appliquer même aux contrats onéreux. Si on ne l'a pas fait, c'est que la nécessité s'en est fait plus naturellement sentir pour les donations, dans lesquelles l'irrévocabilité domine, à coup sûr, bien plus que dans les autres contrats. C'est sans doute aussi parce que, pour les contrats onéreux, un écrit n'est pas en général essentiel et indispensable pour la formation du contrat, comme en matière de donation.

De plus, de ce qu'au nom de l'irrévocabilité, l'article 949 restreint, par l'obligation de dresser un état, cette possibilité de fait qu'a le donateur de soustraire certains objets et de revenir ainsi sur la donation, on ne peut raisonnablement conclure, qu'au nom de cette même irrévocabilité, on doive annuler toute donation où le donateur conserverait, même réduite, une certaine possibilité de nuire à la libéralité. Et d'abord, si tel était l'esprit de la loi, ce n'est pas seulement l'état qu'aurait dû exiger le législateur, mais bien la tradition réelle. L'état n'empêche pas, en effet, de distraire un ou plusieurs des objets donnés. C'était là une façon de comprendre l'irrévocabilité. Le législateur, à notre avis, n'a pas cru devoir l'adopter. L'irrévocabilité du Code peut bien dicter certaines mesures de précaution, de garantie; mais là où elle ne l'a pas fait, il n'est pas permis d'y suppléer. Et, ce qu'elle laisse entre les mains du donateur de puissance restreinte, capable de porter atteinte à la donation, ne doit plus être considéré comme contraire au principe.

De ce qui précède, il résulte : 1° qu'indépendamment et en l'absence de tout moyen conventionnel spécialement réservé par le donateur, celui-ci reste en possession, par la nature et la force mêmes des choses, de la possibilité d'accomplir certains faits attentatoires

à l'intégrité de la donation. Ces faits constituent de sa part des délits (incendie, destruction matérielle, abus de confiance) ou des fautes contractuelles (insolvabilité). De tels faits ne peuvent être complètement empêchés, et, sous peine de n'admettre aucune donation, il ne faut pas les proscrire au nom de l'irrévocabilité. La seule sanction, possible ici, consiste dans l'obligation des dommages-intérêts résultant de leur accomplissement volontaire par le donateur, avec en plus, l'application d'une peine, s'il y a délit. On a pu, en haine des donations, accepter dans notre droit actuel, la notion exagérée de l'ancien droit sur l'irrévocabilité ; mais on n'a pu aller jusqu'à interdire toute donation. Et d'ailleurs, cette obligation des dommages-intérêts qui viendra remplacer et perpétuer l'obligation première non exécutée par le donateur, n'est-ce pas encore une conséquence de l'irrévocabilité ; de l'irrévocabilité ordinaire des contrats en général, sans doute, mais encore de l'irrévocabilité. Nous avons constaté, au surplus, que l'irrévocabilité de notre ancien droit s'était, dans une certaine mesure, atténuée, en passant dans notre législation moderne, et que telles donations qui étaient réprouvées par le droit coutumier, sont aujourd'hui admises. De ce nombre est, nous le croyons du moins, la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur.

Nous aurons donc dans les donations deux espèces d'irrévocabilité, celle qui leurest spéciale et celle des contrats en général, la seconde suppléant la première contre certains faits restés, bon gré mal gré, en la puissance du donateur, et contre lesquels l'irrévocabilité spéciale des donations devait nécessairement rester désarmée, sous peine que le remède qu'elle y aurait apporté, ne rendît toute donation impossible.

2° Il résulte encore de ce que nous avons dit que, si par des clauses spéciales insérées au contrat, les parties

avaient réservé au donateur les moyens de reprise que nous avons montrés résulter de la force des choses, il arriverait, suivant le cas, et suivant aussi que cette clause aurait été insérée principalement au mépris d'un principe d'ordre général ou au mépris du principe spécial de l'irrévocabilité, qu'elle dût être purement et simplement déclarée nulle et bâtonnée, sans que cette nullité atteignît la donation elle-même, qui subsisterait purgée du vice, ou qu'au contraire la donation dût être déclarée nulle; le tout suivant l'appréciation des juges sur le caractère même de la clause. Nous avons observé que dans la plupart des cas, les clauses de cette nature auraient pour résultat d'enlever au fait prévu, accompli ensuite par le donateur, tout caractère de faute contractuelle ou délictuelle, et par conséquent de le soustraire à l'obligation des dommages-intérêts, en le laissant maître du sort de la donation. Mais alors apparaît immédiatement le principe d'irrévocabilité des donations qui brise et ces clauses et les donations qui les contiennent. Tout est nul. Ce résultat se produit pour les clauses qui réserveraient au donateur la faculté de soustraire ou d'aliéner à nouveau un ou plusieurs des meubles par lui donnés, celles qui lui réserveraient le droit de commettre des abus de jouissance, de créer son insolvabilité. Ces différentes clauses tendent, en définitive, à créer au profit du donateur un droit de retenue sur la chose donnée, en le relevant de la faute contractuelle qu'il commettrait sans contredit, en leur absence, en accomplissant les différents actes prévus par elles. De telles clauses possibles, dans les contrats onéreux, ne le sont pas en matière de donations; l'irrévocabilité s'y oppose. On aurait peut-être pu dire en ce qui concerne les libéralités entre-vifs : la clause seule sera nulle, comme contraire à un principe d'ordre public, celui de l'irrévocabilité en matière de donation; mais la donation

vaudra (900). De cette façon, la faute contractuelle ou délictuelle que ces clauses avaient pour objet de faire disparaître, aurait subsisté à la charge du donateur qui aurait accompli un des faits dont il s'agit, et il y aurait eu ainsi unité de solution dans les deux cas, que le fait ait été ou non prévu par une clause. Le législateur ne l'a pas voulu, à cause du respect qu'il a tenu à assurer d'une façon absolue au principe d'irrévocabilité.

Et voyez la différence du cas où une clause autorise l'accomplissement de l'un de ces faits par le donateur, avec celui où le donateur, en l'absence de toute clause, conserve cependant en fait le pouvoir de leur usage.

Dans le cas d'une clause, tout est nul, réserve et donation, parce qu'il y a de la part des parties une révolte ouverte et réfléchie contre les exigences de la règle d'irrévocabilité. Dans le cas, au contraire, où les faits en question demeurent naturellement et nécessairement en la puissance du donateur, le seul remède possible était l'obligation à des dommages-intérêts, naissant de la consommation du fait par le donateur, avec en plus, suivant les cas, le secours de la sanction pénale.

Dans le cas invraisemblable de la réserve, pour le donateur, de la faculté d'incendier l'immeuble donné, le caractère délictuel du fait ne peut être détruit par la convention. Il domine toujours, et l'article 900 viendrait détruire la convention des parties qui auraient voulu, ce qui est improbable, conférer au donateur le droit de commettre ce crime. Il pourrait se faire cependant que, sans prétendre à cette folie de vouloir créer, pour le donateur, le droit d'incendier ou de commettre tout autre délit, auquel la convention des parties eût été impuissante à enlever leur caractère indélébile de criminalité, les parties eussent seulement entendu qu'en cas de perpétration volontaire de tels actes par le do-

nateur, il ne serait pas passible de dommages-intérêts. Il faudrait ici annuler la donation comme contraire au principe d'irrévocabilité.

Nous avons parlé de clauses qui ont pour but d'enlever à l'accomplissement de certains faits indiqués déjà, le caractère de faute contractuelle et de détruire sa conséquence ordinaire, l'obligation à des dommages-intérêts.

La partie au profit de qui de telles clauses sont insérées, ne fait, en exerçant les facultés qui lui sont réservées, qu'user d'un droit et ne peut, par conséquent, d'après le droit commun, devoir à ce sujet d'indemnité. Cela nous amène à étudier le caractère des faits de la seconde catégorie par lesquels le donateur pourrait porter atteinte à la libéralité.

Nous entrons ici dans le véritable domaine de la règle d'irrévocabilité. Nous croyons que le point de vue exact auquel il faut se placer pour juger et définir cette irrévocabilité, c'est celui de sa comparaison avec l'irrévocabilité ordinaire des contrats. L'irrévocabilité en matière de donations n'est en effet que l'irrévocabilité ordinaire des contrats, entendue avec une rigueur plus grande, en ce sens qu'elle n'admet pas certaines clauses possibles dans les contrats ordinaires.

On pourrait peut-être, en ce qui concerne ce que nous avons appelé des *possibilités de fait*, restées au pouvoir du donateur, se représenter ainsi la notion et le jeu de l'irrévocabilité en général ; d'une part l'irrévocabilité de droit commun que ne contredisent nullement ni ces simples possibilités de fait laissées aux mains du *cedens* on du *débiteur*, ni la réserve conventionnelle de ces mêmes moyens et leur transformation par la convention en véritables droits en faveur des mêmes personnes. D'autre part, l'irrévocabilité spéciale aux donations, exagération de celle des contrats ordinaires, annulant la donation dans laquelle le donateur aurait

conservé en fait ou retenu conventionnellement ces facultés naturelles. Ce n'est pas notre avis. Pour nous, l'irrévocabilité dans son application aux donations n'a pas été étendue et ne pouvait pas l'être à l'encontre des simples possibilités de fait laissées au donateur ; elles est, nécessairement et par la nature des choses, restée sur ce point ce qu'elle est dans les contrats ordinaires.

Mais quant aux clauses créant de véritables droits au profit du donateur, la notion de l'irrévocabilité de droit commun a dû être étendue, dans son application aux donations. C'est qu'en effet, ces clauses ont toujours plus ou moins, pour résultat, de mettre le sort de la donation à la merci du donateur, d'attribuer à sa volonté une prépondérance marquée, pour décider de la formation ou de la résolution du contrat. (Conditions suspensive ou résolutoire, potestative de la part du donateur, droit de disposer de certains objets donnés ou d'une somme fixe à prendre sur eux ; mise à la charge du donataire des dettes illimitées du donateur, décharge de la responsabilité contractuelle, pour le cas d'insolvabilité du donateur). Le principe d'irrévocabilité résistait nécessairement à de telles clauses et la sanction n'est pas seulement ici la nullité de la clause (art. 900), mais bien la nullité de la donation elle-même (art. 943 et suiv.). Sans doute, ces différentes clauses qui, rompant l'équilibre de l'influence respective des volontés des parties sur la création ou la résolution du lien juridique, attribuent à l'une des volontés une quasi-souveraineté au détriment de l'autre, sont bien l'œuvre commune des parties, et dans la convention même qui les a débattues et consenties, leurs deux volontés ont concouru avec une égale valeur et une égale indépendance, de sorte qu'en définitive c'est bien un concours de deux volontés également libres qui a créé cette situation préférable et prépondérante à l'une des parties. Cela est vrai des contrats onéreux, et quant à eux, cette

origine bilatérale de la suprématie de l'une des volontés sur l'autre, a suffi pour laisser à la convention le caractère d'irrévocabilité. Mais dès qu'il s'agit d'une donation, cette suprématie accordée à la volonté du donateur sur les destinées du contrat, jure sans contredit et malgré son origine conventionnelle, avec la notion de l'irrévocabilité, qui répugne précisément à ce que le donateur ait en mains un moyen quelconque, dépendant de sa *seule* volonté, de revenir sur la donation. Il ne peut pas être permis aux parties de tourner le principe d'irrévocabilité qui, suivant Ricard, est « *l'âme des donations.* »

Sans doute, le législateur aurait pu, annulant purement et simplement les clauses dont il s'agit, et cassant sur ce point la volonté des parties à laquelle il substituerait simplement la sienne, qui est de faire respecter le principe d'irrévocabilité, le législateur aurait pu, disons-nous, laisser subsister la libéralité et le donateur libre d'accomplir ou non le fait réservé, sous la peine de sa responsabilité contractuelle, dont ces clauses avaient pour effet de le décharger. Mais une telle situation aurait-elle vraiment et suffisamment assuré la soumission que le législateur exige absolue et sans réticence au principe de l'irrévocabilité ? Nous ne le pensons pas. C'est qu'en effet le donataire, retenu par un sentiment de gratitude, aurait, la plupart du temps, hésité à poursuivre contre le donateur les dommages-intérêts que celui-ci aurait encourus. Le donateur aurait donc pu contrevenir à la convention ainsi réformée par la loi et retenir le bénéfice de ces clauses annulées, dans la quasi-assurance qu'il aurait eue de l'inaction du donataire, de sorte qu'en fait et par la complaisance même du donataire, l'irrévocabilité fût restée complètement lettre morte. Le législateur, qui tient en haute estime le principe de l'irrévocabilité, n'a pu admettre la situation que nous indiquons. L'irrévocabilité était directement et

déterminément battue en brèche par les clauses en question ; c'est elle que visaient spécialement lesdites clauses. Voilà pourquoi tout est nul. Et cela explique la différence qui existe entre ce cas, où des clauses spéciales réservent au donateur un moyen d'entamer la donation, et celui où c'est par la force même des choses et sans convention que le donateur reste nanti des moyens de fait indiqués, de nuire à la libéralité. Dans le premier cas, si tout est nul, donation et clause, c'est à cause de l'atteinte directe, concertée entre les parties, au principe même d'irrévocabilité. Dans le second cas, au contraire, les parties ne se sont pas mutinées d'un commun accord contre ce principe ; rien qui lui soit contraire n'a été voulu ni arrêté par elles au moment du contrat ; et s'il y a possibilité pour le donateur de préjudicier à la donation, c'est une nécessité inéluctable, à laquelle il est impossible de se soustraire, sous peine de supprimer cette donation.

Cette *annulation* de la donation, qui contient des clauses de *réserve* au profit du donateur, peut sembler contradictoire avec le principe posé par l'article 900 qui répute seulement *non écrites*, les clauses *contraires aux lois ou aux mœurs*. On dit, en effet, pour fonder la décision de la loi dans l'article 900, que « c'est le seul moyen efficace d'ôter au donataire tout intérêt à se conformer à la volonté illicite du donateur, intérêt qui, au contraire, aurait subsisté jusqu'à un certain point si l'on eût donné à la condition l'effet d'annuler la donation. Car le donataire aurait pu espérer que le donateur, seul intéressé, du moins pendant sa vie, à faire valoir la nullité, n'userait pas de ce droit, si sa volonté illicite était suivie, et ne manquerait pas au contraire d'en user si elle n'était pas accomplie. On le voit donc, cette considération aurait pu souvent déterminer le donataire à accomplir la condition. Tandis que dans le système de la loi, le donataire est désintéressé, puisqu'il pos-

sède le bien, affranchi de la condition ; et c'est le donateur seul qui est puni d'avoir imposé la condition illicite, puisque sans atteindre le but mauvais qu'il s'était proposé, il subit le dépouillement qu'il n'avait consenti que dans ce but (Colmet de Santerre, t. IV, p. 34, in fine). » C'est donc dans un esprit de défiance contre le donataire qu'a été écrit l'article 900. Le législateur a craint que dans la lutte qui ne manquerait sans doute pas de s'élever entre son intérêt et son devoir, le donataire ne fût prévaloir son intérêt. Supprimer cette lutte probable en supprimant tout intérêt du donataire à l'exécution de la clause prohibée, tel a été le remède du législateur. Il faut remarquer que les conditions que la loi vise dans l'article 900 sont, avant tout, des conditions imposées au donataire, des charges qui lui incombent en retour de la libéralité et qui en sont le motif. La preuve s'en trouve dans l'article 953.

L'article 900 ne fait d'ailleurs que reproduire les dispositions de la loi du 5 septembre 1791 qui, elle aussi, déclarait non écrites les conditions de ce genre. Le but de cette loi, tout politique, était d'empêcher toute restitution du passé, au moyen de clauses insérées dans les donations pour contrecarrer les principes nouveaux. Le législateur de cette époque a été très clairvoyant : il a reconnu que l'œuvre de la révolution resterait lettre morte, s'il devenait loisible aux donateurs de pousser les donataires à des actes prohibés, par la séduction d'un bénéfice obtenu gratuitement. Et l'article 900 est un article restrictif qui prononce contre le donateur une sorte de peine (1).

C'est donc pour prévenir tout conflit entre l'intérêt du donateur et son devoir, en même temps que pour punir le donateur de ses entreprises sur l'état de choses créé par la révolution, qu'a été écrit l'article 900.

(1) V. Martin, sur les condit. impossibles illicites ou contraires aux mœurs.

Il n'en est plus de même en ce qui concerne les clauses réservant au donateur des moyens de revenir sur sa libéralité. Aussi la solution de la loi ne devait-elle pas être la même ici que dans le cas précédent; et les deux solutions ne présentent aucune contradiction. D'abord, nous avons montré que la haute estime dans laquelle le législateur tient le principe de l'irrévocabilité, commandait à l'encontre des clauses de réserve au profit du donateur une sanction plus forte, plus radicale que leur simple annulation. De plus, les moyens dont il s'agit ne sont pas eux-mêmes contraires aux lois ou aux mœurs et la preuve en est que dans tout autre contrat, les clauses qui les spécifieraient seraient parfaitement valables. Ce n'est que par leur insertion dans une donation qu'elles encourent la prohibition, au nom du principe d'irrévocabilité qui est de l'essence de la donation et dont le respect est incompatible avec leur maintien. Enfin, il ne s'agit plus ici d'actes à exécuter *par le donataire*, d'actes illégaux ou immoraux qui lui assurent un bénéfice gratuit. Ici, les actes réservés par les clauses en question, dépendent, quant à leur exécution de la *seule volonté* du *donateur*; et si la donation valait, il est bien probable que le donateur pourrait les exécuter sans opposition et sans demande en réparation de la part du donataire reconnaissant. Déclarer la donation valable dans ces circonstances, c'eût été détruire le principe de l'irrévocabilité qu'on maintenait si obstinément d'autre part. L'intérêt du donataire eût été d'accepter toujours ces clauses de réserve au moment de la donation, et sa reconnaissance l'eût plus tard résigné à en supporter l'exécution, sans récrimination. Maintenir la donation, en supprimant seulement les clauses, c'eût été assurer au donateur, avec la complicité du donataire, le moyen de ruiner complètement le principe d'irrévocabilité.

Dans l'énumération que nous avons faite des moyens

que conservait le donateur, en dehors de toute convention, de porter atteinte à la donation, nous avons indiqué le fait par le donateur de vendre ou de donner une seconde fois, avant la transcription de la première donation immobilière, l'immeuble déjà donné ; le fait par le donateur de livrer à un second acquéreur quelconque (à titre onéreux ou gratuit), et avant la tradition réelle correspondant à la première donation, le meuble déjà donné ; et enfin le fait par le donateur de conserver par devers lui la possession et la jouissance de la chose donnée, quand d'ailleurs cette possession et cette jouissance constituent un pur état de fait.

Dans ces trois cas, la possibilité pour le donateur de détruire tout ou partie de la chose donnée n'annule pas cette donation. La raison, commune à ces trois hypothèses, est que, dans aucune d'elles, le donateur n'est le seul maître de reprendre ce qu'il a donné. C'est qu'au fond, et pour les deux premiers cas, la possibilité de consentir une nouvelle aliénation qui pourra, si les formalités légales de validité à l'égard des tiers ont été remplies sur elle, être opposée au premier donataire, est subordonnée à une condition *mixte* qui n'annule pas la donation, parce qu'aux termes et dans le sens de l'art. 944, elle ne dépend pas *de la seule volonté* du donateur. La résolution de la donation, en effet, aura lieu si avant la transcription de la donation de l'immeuble susceptible d'hypothèque, le donateur a fait, de cet immeuble, une seconde disposition suivie de transcription en temps utile, ou si avant la tradition réelle du meuble donné, il a disposé une seconde fois de ce meuble au profit d'un tiers à qui il l'a livré. La condition, dans ces deux cas, est bien mixte, puisqu'elle dépend à la fois de la volonté des deux parties et même de celle du tiers. Et en effet il faudra pour sa réalisation le concours d'une disposition nouvelle suivie de l'accomplissement des formalités subséquentes, et de la négligence du donataire à se mettre à couvert.

Dans le cas où les deux moyens de reprise dont nous parlons, auraient fait l'objet d'une réserve spéciale insérée dans la donation, nous pensons que la dépossession du donataire ne lui donnerait, en général du moins, aucune action en dommages-intérêts contre le donateur.

Il ne faut pas voir ici de contradiction avec ce que nous dirons de la condition mixte : Je vous donne 100 si je me marie avec Lucie. Nous verrons plus loin que cette condition, quoique mixte, annule la donation qui s'y trouve subordonnée, par application de l'article 944. C'est qu'en effet, dans une telle condition, si l'évènement du fait qui fera la donation parfaite, à savoir mon mariage avec Lucie, dépend de nos deux volontés, le non évènement du fait mis *in conditione*, c'est-à-dire la non réalisation du mariage, qui seule doit empêcher la donation, dépend de la seule volonté de l'un de nous et par conséquent de ma seule volonté, à moi donateur. Rien n'est plus contraire à la règle *Donner et Retenir ne vaut*, car dans ce cas il est certain qu'au fond, la donation est soumise à une condition *potestative* de la part du donateur. Il en est tout autrement dans la condition qui nous occupe en ce moment. En effet l'évènement de la condition qui détruira la donation dépend ici de trois volontés, celles du donateur et du tiers d'une part, et celle du donataire de l'autre. La destruction de la donation sera et ne pourra être que leur œuvre commune et l'intérêt du donataire est une garantie de sa vigilance : il est peu probable qu'il se laisse dépouiller à plaisir d'un bénéfice gratuit, quand il lui suffit d'une formalité, rapidement remplie, pour le consolider. Et quand bien même, malgré sa vigilance, le donataire arriverait trop tard, la reprise de la chose donnée ne dépendrait pas ici de la seule volonté du donateur, puisqu'elle ne pourrait s'opérer que par le concours de sa volonté avec celle du tiers-

acquéreur. Ici donc, la condition mixte est permise, parce que son accomplissement qui doit détruire la donation exige au moins la double volonté du donateur et du donataire, et qu'il est invraisemblable que le donataire s'y prête, et parce que d'autre part, le non accomplissement de la condition qui, au contraire, assurera définitivement le bénéfice de la libéralité au donataire, dépend presque complètement de la volonté de ce dernier.

Ces résultats différents, que nous relevons ici entre deux conditions, *mixtes* toutes les deux, s'expliquent facilement et se concilient parfaitement suivant nous. Nous développerons plus loin, à la Section II, notre opinion sur ce point.

Il nous reste enfin à examiner, dans ses rapports avec la règle d'irrévocabilité, un dernier moyen, par lequel le donateur conserve en fait, la possibilité de diminuer le bénéfice de la donation. Ce moyen, qui consiste dans le fait par le donateur de conserver la jouissance et la possession de la chose donnée, s'attaque spécialement à cette partie de A que nous avons appelée l'*Emolument d'exécution*, et nous intéresse seulement dans le cas d'un droit réel ou de propriété. Cette continuation de la jouissance de la chose donnée par le donateur est-elle incompatible avec la règle d'irrévocabilité, et la donation doit-elle être annulée par ce motif? Il nous semble que non; car, dès que le Code civil n'exige pas la tradition de la chose donnée, la remise de la jouissance au donataire comme condition de validité de la donation, il paraît bien qu'il ne considère pas cette retenue comme une atteinte au principe de l'irrévoéabilité. Le bien fondé de cette solution de la loi s'impose d'ailleurs avec force. Ce maintien du donateur dans la jouissance de la chose donnée est, en effet, bien plutôt la conséquence de la tolérance du donataire qui, par scrupule ou reconnaissance envers le

donateur, ne veut pas le priver brutalement du bien donné, que l'œuvre de la seule volonté du donateur,

Telle est, dans notre droit actuel, la portée de la règle *Donner et Retenir ne vaut*, quant aux moyens dont elle proscriit la réserve, à peine de la nullité des donations. Les clauses ainsi prosrites sont celles qui tendent à ériger en un droit pour le donateur l'accomplissement de faits que, dans le silence du contrat, celui-ci ne pourrait accomplir sans engager sa responsabilité contractuelle et se soumettre à une obligation en dommages-intérêts. Cette règle fléchit lorsque la réserve crée au profit du donateur un droit qui n'est pas incompatible avec l'irrévocabilité ; tel est le cas de la retenue de l'*usufruit* de la chose donnée au profit du donateur ou d'un tiers : c'est qu'alors, en effet, rien de la chose donnée n'est, à vrai dire, *retenu* ; et la réserve n'a d'autre but que de déterminer exactement la *chose donnée*.

Enfin la règle d'irrévocabilité laisse en dehors de son application tous faits, tels que l'insolvabilité, soumis par la nature des choses au libre arbitre du donateur.

Il ne nous reste plus, pour bien préciser l'étendue du domaine de la règle d'irrévocabilité, qu'à déterminer les éléments de A, que protège cette règle. Il est incontestable qu'elle s'applique à ce que nous avons appelé le *Titre*, c'est-à-dire l'ensemble du Droit et de l'Emolument qui l'accompagne ; nous allons compléter maintenant la démonstration, déjà ébauchée, de l'application de cette règle à l'*Emolument d'exécution*. L'Emolument dans son entier, est, suivant nous, protégé aussi énergiquement que le titre ; mais il ne l'est pas davantage ; c'est dire que les *possibilités de fait* conservées par le donateur d'y porter atteinte, telle que celle de l'*insolvabilité*, qui s'attaque à l'*Emolument d'exécution*, dans le cas où la donation a pour objet de

faire naître un droit de créance au profit du donataire, sont complètement étrangères aux exigences de la règle et ne vicient nullement, en conséquence, les libéralités.

Voici des arguments de textes qui viennent positivement asseoir cette opinion en ce qui concerne l'Emolument entier, et par conséquent relativement à l'Emolument d'exécution.

L'article 945 déclare que le donateur ne peut pas mettre à la charge du donataire des dettes futures, autres que celles qui seraient exprimées et détaillées dans l'acte de donation ou dans un état y annexé. Cette disposition est une conséquence directe de la règle *Donner et Retenir ne vaut*. Or, ce qu'une telle clause permettrait au donateur de réduire ou même d'absorber, c'est bien plutôt l'*Emolument* que le *Droit* lui-même. L'exercice d'une telle réserve par le donateur pourrait, en effet, transformer un acte de bienfaisance en un acte onéreux. Il pourrait même constituer le donateur en perte. Mais entendons-nous bien. Ce que nous disons, c'est que l'article 945 a eu *surtout* en vue la protection de l'Emolument, cela ne veut pas dire qu'il ne protège pas aussi le *Droit* lui-même, ni que la réserve dont nous parlons ne puisse pas atteindre le droit lui-même. Que s'il s'agit, en effet, d'une donation ayant donné naissance à une créance au profit du donataire, et spécialement à une créance de somme d'argent, ce droit, s'il est pur et simple, pourra lui-même se trouver réduit, et cela par compensation, au fur et à mesure de la naissance des dettes mises à la charge du donataire, dans le cas où celui-ci, ne payant pas ces dettes, le donateur serait forcé de les acquitter. Or, la compensation, on le sait, doit être assimilée à un paiement. Si donc le droit même de créance né de la donation s'éteint *in parte quâ*, c'est que le donateur est censé avoir payé dans la même mesure, et, par

conséquent, avoir exécuté son obligation. La cause de l'extinction de l'obligation du donateur, c'est un transport fictif de l'émolument d'exécution au donataire. Ce que permet donc tout d'abord de détruire la clause qui nous occupe, c'est l'émolument, et ce n'est que par conséquence que le droit lui-même se trouve atteint. L'art. 945 protège donc principalement l'Emolument.

Cette vérité se dégage plus manifestement encore si nous supposons que la donation dans laquelle se trouve insérée la clause en question, a transporté au donataire un droit de propriété. En contractant des dettes dont le montant égalerait ou dépasserait même la valeur de la chose donnée, le donateur ne retirerait pas, à vrai dire, au donataire, le droit même de propriété sur cette chose. Ce dernier n'en resterait pas moins propriétaire ; seulement cette propriété, il ne l'aurait plus à titre gratuit. Ce que prévoit donc et prohibe l'art. 945, c'est une clause qui donnerait au donateur un moyen d'atteindre, surtout, l'émolument. L'article 946 fournit un nouvel argument à l'appui de notre proposition.

Les trois éléments dont se compose A, c'est-à-dire la *chose donnée*, doivent donc être également irrévocables.

CHAPITRE II

Principales applications de la règle d'Irrévocabilité dans le Code civil

SECTION I

Donation de Biens à venir

§ 1. — NATURE DES BIENS A VENIR. — DONATION CONTENANT

A LA FOIS DES BIENS PRÉSENTS ET DES BIENS A VENIR.

« La donation entre-vifs *ne pourra comprendre* que les *biens présents* du donateur : *si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard.* » Tel est le prescrit de l'article 943 du Code civil. Il renferme deux dispositions : 1° La donation entre-vifs ne peut comprendre que des biens présents ; 2° Si elle comprend à la fois des biens présents et des biens à venir, elle sera nulle pour les biens à venir seulement ; mais quant aux biens présents, la donation vaudra. La donation sera donc divisée dans ses effets.

Dans notre ancien droit, la question de la validité de la donation portant sur des biens à venir avait été vivement discutée et deux solutions contraires étaient intervenues. Dans les pays de droit écrit, la donation de

biens à venir était permise : la règle *Donner et Retenir ne vaut* n'y était pas appliquée, et rien, par conséquent, ne venait s'opposer à la reconnaissance de semblables libéralités.

Il en était tout autrement dans les pays coutumiers, dans lesquels la double nécessité de la tradition et de l'irrévocabilité s'y opposait absolument.

Sous l'empire du Code civil, la donation de biens à venir est encore prohibée *en principe*, soit qu'elle porte sur les biens que le donateur laissera à son décès, soit qu'elle ne comprenne qu'un bien déterminé que le donateur se propose d'acquérir. La raison principale de cette proscription est, aujourd'hui, l'exigence de la règle d'irrévocabilité en matière de donations. Il est, en effet, certain qu'une semblable libéralité reste à la discrétion du donateur. Que si, en effet, la donation porte sur l'universalité, ou une quote-part des Biens que le donateur laissera à son décès, le donateur conserve assurément la possibilité conventionnelle, car elle résulte ici d'une clause tacite dérivant elle-même du but poursuivi dans le contrat, de détruire ou diminuer l'émolument. Que si, au contraire, la donation est d'un bien que le donateur se propose d'acquérir, pour la propriété en être transportée du jour de cette acquisition sur la tête du donataire, le titre même, le droit conféré à celui-ci ne l'est que sous une condition dont l'événement dépend de la volonté du donateur.

Tout bien qui n'est pas présent est un bien à venir. Il faut entendre par biens présents, non seulement les biens actuellement ouverts qui se trouvent d'ores et déjà dans le patrimoine du donateur, définitivement et sans aucune condition résolutoire ou suspensive, mais encore ceux qui ne s'y trouvent que soumis à une résolution dont l'événement ne dépend pas de sa volonté, ceux aussi sur lesquels ses droits sont subordonnés à des conditions suspensives également, hors de sa puissance ;

il faut y comprendre également les choses futures, produits à venir d'un droit dès actuellement né, tout ce qui, en un mot, entre comme *partie intégrante* dans le patrimoine du donateur. C'est ainsi que les produits d'une société dans laquelle le donateur a un intérêt, ainsi, encore, que la récolte prochaine d'une terre dont il est propriétaire, les fruits qui existeront à son décès dans l'immeuble donné dont il s'est conservé l'usufruit, un immeuble qu'il a acquis à réméré (etc.), peuvent faire l'objet licite d'une donation de biens présents. Seuls sont exclus de cette liste et appartiennent à la catégorie des biens à venir, ceux sur lesquels le donateur n'a qu'une simple *expectative*, tels que ceux qu'il pourra être appelé à recueillir dans une succession non encore ouverte, ou ceux sur lesquels il a un droit résoluble ou suspendu par une condition dépendant de sa volonté seule.

Une question avait divisé l'ancien droit, qu'eurent eux-mêmes à résoudre les rédacteurs du Code civil. La donation qui contient des biens présents et à venir devait-elle être *divisée*, annulée seulement à l'égard des biens à venir ; ou, au contraire, devait-elle être considérée comme *indivisible* et annulée pour le tout ?

Trois opinions se partageaient les Jurisconsultes.

Dans la première on disait que la donation devait être divisée. Valable quant aux biens présents, on la déclarait nulle quant aux biens à venir. Cujas (voir la loi 33 au Code de Donat.) en donne ce motif : « *Utilem partem donationis non viliari per inutilem* ». Lebrun (Des successions, L. IV, Ch. 2. sect. 2, n° 38 et suiv.) professe la même doctrine.

La seconde opinion, également extrême, annulait toujours la donation dans son entier. Ce système s'appuyait de cette considération qu'un contrat ne peut être divisée parce qu'il est un tout unique, issu d'une volonté également une. On ajoutait que recher-

cher la volonté du donateur, pour savoir s'il avait eu l'intention de donner en bloc et indivisiblement ou de restreindre la donation, le cas échéant, aux biens présents seulement, c'était créer une source de difficultés, et qu'il y avait d'autant moins d'inconvénient à poser en principe la nullité de la donation pour le tout, que presque toujours en fait, le donateur qui, par un seul et même acte, donne tous ses biens présents et à venir, a voulu que le donataire recueille son patrimoine entier, *actif et passif*, dans sa consistance même au moment de la prise de possession par le donataire. (V^o Pothier. Donat. entre-vifs, sect. 2, art. 11, § 3, et Introduct. au T. XV de la Coutume d'Orléans, n^o 19).

Ces deux solutions nous semblent également exagérées. Elles font trop bon marché d'un élément cependant important dans la discussion. Nous voulons parler de la volonté du donateur, qu'il nous semble impossible de ne pas consulter. C'est en fait, croyons-nous, que la question de la division doit être résolue. Sans doute, certaines difficultés pourront naître de cette recherche de l'intention du donateur. Mais elles nous semblent suffisamment restreintes par cette considération que la volonté du donateur devra se manifester clairement, pour que la division ou l'annulation en bloc soit admise. C'est ainsi que dans le cas où le donateur aurait détaillé ses biens présents dans un état, nous admettrions la division. La mise en possession, surtout, nous semblerait décisive en ce sens. Si, au contraire, le donateur a donné en bloc ses biens présents et à venir s'il a fait, en un mot, une *institution contractuelle*, en dehors d'un contrat de mariage, nous annulerons la donation pour le tout.

La volonté du donateur nous semble devoir être suivie, toutes les fois qu'elle apparaît. Il n'y a pas, en effet, de donation sans intention de donner et par conséquent pas de division quand même, et d'autre

part, il est arbitraire d'annuler une donation tout entière, quand il résulte de l'acte et des circonstances du don que le donateur a voulu que la donation valût pour une partie. Il ne faut donc pas non plus annuler toujours, et par principe, la donation pour le tout. Nous comprenons que le législateur pose un principe pour le cas où l'intention du donateur ne se manifeste pas. Nous comprenons aussi que le principe, une fois posé, soit appliqué dans tous les cas où l'intention du donateur ne se manifeste pas clairement ; que l'on soit sévère sur la vérification de cette intention ; ce que nous ne pouvons admettre, c'est qu'une fois cette intention bien établie, on n'en tienne aucun compte, d'autant plus qu'elle n'a rien de contraire à l'ordre public.

C'est d'ailleurs là la solution admise par la troisième opinion. Elle était soutenue par Ricard (n° 1024. Donat. 1^{re} Partie). « Je voudrais, disait-il, pour recevoir ce partage (la division), qu'il eût été stipulé qu'en cas que la donation ne pût valoir pour le tout, elle aurait son effet pour les biens présents, ou du moins qu'il parût par les termes avec lesquels la donation a été conçue que l'intention du donateur eût été d'en souffrir la division au cas qu'elle ne pût subsister pour les biens à venir ; sinon et lorsque la donation des deux espèces de biens, présents et à venir, est tellement jointe qu'il n'y a pas lieu de présumer que le donateur se fût porté à donner l'un sans l'autre, on ne peut lui faire le préjudice de faire subsister le contrat pour les biens présents, en le cassant pour les biens à venir ».

La première opinion, celle de la division, était celle de notre ancienne jurisprudence. La deuxième, celle de la nullité pour le tout, était consacrée par l'ordonnance de 1731 dans son article 15. Le principe y était posé si absolument qu'elle n'admettait pas même, comme indice de la volonté du donateur de diviser la

donation, la mise du donataire en possession des biens présents du vivant du donateur, laquelle est cependant la meilleure preuve de la volonté du donateur de voir respecter sa libéralité pour cette catégorie de biens.

La première opinion est aussi celle qu'adopte le Code civil dans l'article 943. Il admet la division et n'annule la donation qu'en ce qui concerne les biens à venir. Nous avons dit plus haut ce que nous pensions de ce système. Cet article ne nous paraît pas poser le principe de la division d'une façon aussi absolue que le faisait l'ordonnance, pour le principe de la nullité du tout. Le texte de l'article 15 de cette ordonnance qui annulait toujours, dans son ensemble, la donation contenant des biens à venir, avait eu soin de dire que la donation serait nulle, même pour les biens présents, encore que le *donataire* en eût été mis en *possession du vivant du donateur*. Ces expressions ont de l'importance. Elles impriment à l'article 15 de l'ordonnance un caractère rigoureusement exclusif de la divisibilité de la donation, si l'on réfléchit surtout que l'importance de la tradition dans l'ancien droit aurait pu faire passer condamnation sur une libéralité de biens à venir, suivie de tradition.

Le soin que prend le législateur de 1731 de méconnaître à cette tradition tout effet de validation, en même temps qu'il lève le doute qui aurait pu naître sur la question, manifeste clairement son intention de poser un principe *absolu*, auquel il n'est pas permis de déroger.

Il n'en est pas de même de notre article 943. Il se contente, lui, de poser en règle la division. « Si la donation comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard. » Sans doute, ces expressions sont générales ; sans doute aussi, l'article ne distingue pas le cas où la volonté du donateur, de donner tout ou rien, ressort du contrat même, de celui où cette volonté

n'apparaît pas ; sans doute encore le but de l'article 943 a été de tarir la source des difficultés que pouvait faire naître la recherche, souvent conjecturale, de l'intention du donateur. Cela est vrai, mais on n'en est pas moins forcé de reconnaître que cet article ne prohibe pas, dans ses termes, toute dérogation au principe qu'il pose de la divisibilité, ou du moins toute accommodation de ce principe avec les circonstances diverses de la pratique, ainsi que le faisait, sans réticence, l'article 15 de l'ordonnance, pour le principe inverse. Ce nous est une raison pour croire que la nullité de la donation pour le tout, quand tel est le vœu manifeste du donateur, n'est pas contraire à l'esprit de l'article 943. Notre droit est trop respectueux des conventions et de la volonté des parties, pour ne pas les reconnaître et les consacrer, toutes les fois qu'elles n'ont rien de contraire à l'ordre public.

L'article 943 a posé, pour les cas où la volonté du donateur ne ressortirait pas avec clarté du contrat, le principe de la *divisibilité* de la donation, qui est aussi sage que juridique. Mais c'est tout, il n'a pas, c'est notre conviction, voulu méconnaître la volonté du donateur dans les cas où elle est manifeste. S'il l'avait voulu, il aurait textuellement exclu l'indivisibilité de la donation sous le rapport de sa validité. S'il est rationnel de dire que la partie nulle de la donation ne doit pas vicier la partie qui ne l'est pas, ce ne peut être qu'à cette condition que la donation contienne en effet *une partie valable* ; or nous la cherchons vainement, cette partie valable, dans une donation où le disposant a voulu que tout soit valable ou que tout soit nul, en bloc.

§ 2. — LA DONATION D'UNE SOMME D'ARGENT PAYABLE
AU DÉCÈS DU DONATEUR EST-ELLE VALABLE ?

Nous allons maintenant aborder la discussion des questions qui s'élèvent sur la valeur de la donation d'une somme d'argent, payable au décès du donateur. Cette donation est-elle valable ? Dans quelle mesure l'est-elle ?

Là-dessus, nous l'avons dit, quatre systèmes ont été proposés. Le premier soutient qu'une telle donation est toujours nulle. Un second système prétend qu'elle est valable, mais seulement dans la limite des biens que possédait le donateur au moment de la donation, ou du moins de leur *valeur*.

Ce second système, bien que moins radical que le premier, est cependant moins logique. Né d'un respect, suivant nous, exagéré pour le principe de l'irrévocabilité, il croit lui donner une satisfaction complète en exigeant que le donateur possède au moment de la donation un actif au moins égal à la valeur de la chose donnée ; il exige dans le patrimoine du donateur un gage d'exécution, une valeur qui réponde que la donation sortira tous ses effets. Mais cette valeur existât-elle effectivement au moment de la donation, que le donateur n'en resterait pas moins le maître de la dissiper jusqu'à l'exécution. Ce prétendu gage n'est donc qu'un leurre.

Le troisième système n'est qu'un perfectionnement du second. Frappés de l'impuissance où se trouve celui-ci de conserver intact et de protéger le gage d'exécution de la donation, contre les actes du donateur, cer-

tains auteurs ont cherché à consolider ce gage. Ils y ont réussi au moyen d'une *affectation hypothécaire* sur les immeubles présents du donateur, jusqu'à concurrence de la valeur de la donation, et ils ne considèrent la donation comme valable qu'autant que la constitution d'hypothèque l'accompagne. Eux aussi se réclament du principe d'irrévocabilité; mais le soin même qu'ils prennent d'adjoindre à la donation, pour la consolider dans ses effets et en assurer l'exécution intégrale, un droit *réel, irrevocable et ferme*, n'est-il pas un aveu que la notion de l'irrévocabilité, telle que l'entend le second système et qu'ils l'entendent aussi, exagère la conception naturelle et légitime que le législateur en a eue. C'est, disons-nous, un aveu, parce que, pour arriver à remplir leur programme, ils sont forcés d'avoir recours à des garanties *accessaires*, en dehors du dépouillement qui résulte de la donation même. Une donation ne pourra donc être irrévocable, et, partant, valable, que grâce à ces moyens *détournés*? Comment, alors, une donation d'objets mobiliers pourrait-elle jamais valoir, puisque le donateur pourra toujours soustraire un ou plusieurs de ces objets, avant l'exécution du contrat? La clause même, par laquelle il s'interdirait de rien soustraire des objets donnés, ne serait pas un obstacle à cette soustraction, et nous ne voyons pas comment, avant l'exécution complète de cette donation, on pourrait trouver, de cette exécution, une garantie *infaillible* à leur gré, dans la seule irrévocabilité qu'ils jugent cependant suffisante dans les donations de meubles.

Ainsi cette notion outrée de l'irrévocabilité conduit à ceci : qu'il faudrait le plus souvent une clause spéciale pour produire l'irrévocabilité, et que l'*accessoire qui toujours suit le sort du principal*, par une étrange inversion en cette matière des donations, régirait le principal et le vivifierait. Cela ne nous semble pas

admissible. Il est nécessaire et suffisant que la donation soit par elle-même irrévocable, dans le sens que nous avons déterminé. La preuve de ces propositions est, nous semble-t-il, écrite dans l'article 601 (C. c.), qui dispense formellement le donateur de donner caution, dans le cas où il se réserve l'usufruit de la chose donnée. Qu'est-ce à dire, sinon que la donation, malgré cette absence de caution, n'est pas moins parfaite, et, partant, irrévocable aux yeux de la loi?

Il est bien vrai que, dans deux cas spéciaux, la loi, jugeant insuffisant en *fait*, au point de vue de l'*irrévocabilité*, le dépouillement tel qu'elle l'a établi dans les articles 894, 943 à 946, a édicté deux mesures accessoires, la *Transcription* et l'*Etat* des meubles, auxquelles elle a subordonné la validité de la donation. Mais le soin même qu'a pris le législateur de déterminer ces deux cas tout à fait singuliers, n'est-il pas une preuve qu'en toute autre hypothèse, l'irrévocabilité résultant du dépouillement est la seule qu'il désire, parce qu'il la juge suffisante?

Voici, suivant nous, le système de la loi. Le législateur a considéré que les contrats à titre onéreux et même les contrats de bienfaisance, tels que le dépôt, le prêt à usage, le cautionnement, doivent être irrévocables, en ce sens que l'une des parties ne doit pas pouvoir se dégager *sans* le consentement de l'autre, et qu'une obligation est à considérer comme non avenue, quand elle a été contractée sous une *condition* qui en fait dépendre le lien de la *seule* volonté de celui qui s'oblige. Cela n'empêche pas que, dans ces sortes de contrats, les parties ne puissent, d'une part, en subordonner l'existence à une condition dont l'accomplissement dépend de la volonté de l'*une* d'elles, et, d'autre part, arrêter que la convention pourra, en certains cas, être *unilatéralement* résolue. Car si ces clauses spéciales viennent en quelque sorte rompre l'équilibre des

volontés des parties sur le sort de la convention, il ne faut pas oublier qu'elles sont elles-mêmes l'œuvre commune de ces volontés. Ces clauses ne touchent donc en rien à l'irrévocabilité *ordinaire* des contrats. Il en est autrement de l'irrévocabilité des donations ; les articles 894-943 à 946 la précisent et la limitent. Or, les clauses que prohibent ces articles, quel en est le caractère général ?

Ce sont celles qui créent de véritables droits au profit de l'un des contractants, en lui permettant de faire certains actes qui, dans le silence du contrat pur et simple, constitueraient des fautes contractuelles et soumettraient leur auteur à l'obligation de dommages-intérêts. Ces clauses permises dans les contrats ordinaires, sont prohibées dans les donations, au nom de l'irrévocabilité. Ce que défend donc le législateur, c'est l'insertion de clauses *attributives* de droits au donateur, de clauses *positives*, en quelque sorte. Le législateur ne veut pas que le donateur puisse, conventionnellement, se réserver, comme un droit, le pouvoir de revenir sur sa libéralité. Mais il se borne à cela. Il ne va pas jusqu'à exiger l'insertion de clauses *prohibitives*, *négatives*, en quelque sorte, par lesquelles le donateur s'interdirait certains faits qui restent forcément et malgré tout en son pouvoir, nous l'avons vu ; il ne va pas non plus, à l'inverse, jusqu'à exiger l'insertion de certaines clauses, par lesquelles le donateur viendrait corroborer cette irrévocabilité légale, en créant des garanties telles que l'hypothèque. Aller jusque là, c'est, nous le croyons fermement, dépasser l'esprit de la loi.

Nous nous rallions au quatrième système. Dans cette opinion, on reconnaît comme valable la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur, sans distinguer, comme le deuxième, si ce dernier possède ou non, au moment de la libéralité, des biens d'une

valeur au moins égale à celle de la donation, et sans exiger, comme le troisième, cette garantie spéciale de l'affectation hypothécaire sur les immeubles présents du donateur.

Exposons les arguments sur lesquels s'appuient ces quatre systèmes. Commençons par les trois systèmes que nous rejetons.

Voici une observation préliminaire qui leur est commune. Tous les trois font une confusion entre le *dépouillement* proprement dit, actuel et irrévocable, qui est la tradition de droit, seule exigée aujourd'hui, et l'*exécution* même du contrat qui n'est plus constitutive de la donation valable. Aucun des trois, en effet, ne se contente de la création ou du transport, au profit du donataire d'un droit actuel et irrévocable, seul objet pourtant du dépouillement. Et s'ils n'exigent pas la tradition du vivant du donateur, tous veulent *un gage d'exécution* de la donation, qui, dès le temps même où elle se forme, soit et demeure irrévocablement fixé et à l'abri de toute atteinte ultérieure du donateur. Or, ce gage fixe et irrévocable, il n'existe pas en général dans les donations qui engendrent des droits de créance, car le donateur va pouvoir continuer à disposer de ses biens présents, et de plus, c'est peut-être sur un bien à venir que la donation sera exécutée. Eh bien ! tout cela, dit-on dans les trois systèmes, est contraire au principe de l'irrévocabilité. Leur exigence ne se trouve satisfaite que dans la donation d'un corps *certain et déterminé*, parce que là, par l'effet même du contrat, la chose donnée se trouve irrévocablement et définitivement soustraite à l'influence du donateur, (sauf l'accomplissement possible, de sa part, de différents faits déjà énumérés). Mais c'est là le résultat du principe moderne du transport de la propriété par la force des conventions ; ce n'est pas une conséquence imposée par la règle *Donner et Retenir ne vaul*. Que ce résultat vienne au soutien

de l'irrévocabilité, c'est tant mieux; mais il ne saurait être permis d'exiger une garantie analogue, là où elle ne dérive pas de la nature du droit donné.

Le premier système soutient qu'une donation de somme d'argent ou de choses fongibles, payable seulement au décès du donateur, est nulle dans tous les cas, et sans aucune distinction.

Elle est nulle quant aux biens présents, puisque le donateur reste libre, en les aliénant ou en les dissipant, de rendre la donation inefficace, *inutile* en tout ou en partie. Elle est nulle encore quant aux biens à venir, car il reste loisible au donateur d'en acquérir ou non, et, en ayant acquis, de les aliéner.

Nous n'admettons pas ce système, parce que, suivant nous, il ne distingue pas, ce qui est essentiel ici, le dépouillement du donateur de l'exécution même de la donation. Le dépouillement, en effet, est certainement irrévocable, dès là que le droit créé par la donation, la chose donnée, qui est ici un droit de créance et pas autre chose, a été irrévocablement attribuée au donataire, car nous avons vu que la faculté, pour le donateur, de détruire l'émolument par son insolvabilité, n'est pas incompatible avec la règle d'irrévocabilité.

Si ce premier système est erroné, il a du moins pour lui le mérite de la logique. Partant de ce principe que l'irrévocabilité, au sens exagéré qu'il donne à ce mot, doit s'étendre au gage d'exécution, sa conclusion est conforme à sa prémisse. Ce système se tient. On n'en saurait dire autant du second.

Certains, parmi les partisans du premier système, après avoir déclaré nulle la donation dont il s'agit, semblent avoir été pris de repentir. Ils ont bien senti que la rigueur de leur logique impitoyable devait être excessive, car elle arrive à rendre impossible toute une catégorie de donations. Ils ont alors, par un détour, validé cette même donation qu'ils venaient de condam-

ner. La donation d'une somme d'argent payable au décès, disent-ils, est certainement nulle; les principes nous y conduisent; mais on peut, par une certaine combinaison, arriver au même résultat. Que l'on fasse une donation actuelle de la somme, avec réserve de l'usufruit au profit du donateur (art, 949). On ne voit plus dès lors aucune objection. L'article 894 est respecté : il y a eu dépouillement juridique, irrévocable de la nue-propriété. Et l'article 943 n'est plus en cause, car la somme dont la nu-propriété est ainsi transférée au donataire est un bien *dès actuellement* existant dans le patrimoine du donateur. Et l'on ajoute que cette combinaison a, sur la donation ordinaire d'une somme payable au décès, cet avantage de ne permettre au donateur de faire des libéralités que jusqu'à concurrence de la valeur de ses biens présents; et il ne peut pas dépasser cette mesure parce que, ce qu'il donne, c'est une nu-propriété dont le donataire est immédiatement saisi, et que le donataire ne peut être actuellement saisi que d'un bien présent.

Nous ne pouvons nous ranger à cette théorie, malgré les concessions qu'elle fait. Et d'abord, qu'est-ce au fond que la nu-propriété des choses fongibles, sinon un simple droit de créance? On nous répond que c'est bien un droit de nu-propriété, nu-propriété fictive et abstraite, sans doute, mais pourtant juridiquement actuelle; que le Code l'a reconnue (art. 587) et consacrée. Est-ce bien exact, et quand cela le serait, cela fonderait-il le système? Sans doute, le Code a admis le *quasi-usufruit*, mais comment et par suite de quelles considérations l'a-t-il fait? Il arrive souvent que dans un ensemble de biens soumis à un usufruit, se trouvent des sommes d'argent, des choses fongibles, et, dans ce cas, bien que la nature de telles choses résiste à la constitution d'un usufruit, puisqu'elles ne peuvent y être soumises sans destruction, le législateur n'a pas

cru devoir scinder le régime des différents biens soumis à cette constitution, quant aux conditions de leur jouissance, à celles de leur restitution, ni quant aux garanties qui la protègent. C'est ainsi, entre autres choses, que le nu-propriétaire d'une chose fongible, soumise à usufruit, aura le droit d'exiger la caution de l'article 601. Mais, si le législateur a créé de toutes pièces cette nu-propriété fictive, il ne l'a fait, croyons-nous, qu'entraîné par les considérations qui précèdent et pour que le nu-propriétaire puisse, pour tous les biens qu'il soumet à l'usufruit, profiter des garanties qui l'accompagnent.

D'autre part, il ne semble pas avoir créé le quasi-usufruit en vue d'une somme d'argent isolée, non comprise dans une masse de biens soumis à l'usufruit. L'article 587 semble le démontrer par ses termes mêmes : « Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, etc... » N'est-il pas clair que le législateur se réfère seulement au cas d'une somme d'argent ou de choses fongibles comprises dans un ensemble d'autres biens ? Et, s'il fallait admettre qu'il a eu aussi en vue une constitution d'usufruit sur une somme d'argent isolée, s'en suivrait-il qu'il ait vraiment créé une véritable nu-propriété ? Ne serait-ce pas seulement à ce point de vue des garanties et conditions spéciales à l'usufruit proprement dit, que le droit sur les choses fongibles serait à considérer comme un usufruit ? Nous le croyons, et qu'il n'existe pas, en conséquence, de nu-propriété correspondante, ou que, du moins, elle se résoud, au fond, en un simple *droit de créance*.

Le terme de quasi-usufruit n'est pas employé par le législateur : il n'existe que dans la terminologie du droit, et il semble bien que cette expression nous donne elle-même raison. Il y a quasi-usufruit : c'est-à-dire que les choses fongibles vont être traitées comme corps certains, au point de vue de la constitution du

droit sur elles, des obligations de l'usufruitier et des garanties de leur restitution.

Nous croyons donc que cette prétendue nu-propriété n'est au fond qu'un droit de créance, ce qui, d'ailleurs, est conforme à la nature des choses; et si c'est un droit de créance, le système que nous combattons n'atteint plus son but.

Passons à l'examen du second système. L'on y enseigne que la créance résultant de la donation d'une somme payable au décès du donateur, n'est valable que dans la limite des biens que le donateur possédait au temps de la donation, ou du moins dans la mesure de leur *valeur* (Coïn-Delisle, art. 943, n^{os} 8-9), et que si ces biens présents ne valaient pas la somme donnée, la donation serait nulle (Bayle Mouillard sur Grenier T. 1, n^o 7 *bis*, note A. Cassat. 21 mars 1824. Dalloz, 1824, I, 151).

Le motif de cette décision, nous l'avons vu, est tiré du principe d'irrévocabilité. Ses auteurs considèrent, en effet, qu'il y aurait échec à ce principe, si le donateur, n'ayant rien dans les mains au moment de la donation, pour répondre de l'exécution, ne pouvait offrir *en gage* de cette exécution que des Biens à venir. Mais n'est-il pas visible, si l'on adopte leur conception extrême de l'irrévocabilité, que ce motif devrait conduire à une solution plus radicale, à savoir la *nullité* de la donation, même dans la mesure des biens présents. La prétention de ce système est, en effet, d'assigner un gage certain à l'exécution de la libéralité; or, ce gage, il est impuissant à le créer, parce qu'il dépend du donateur de dissiper les biens présents. L'inexistence du gage devrait donc, pour la logique du système, entraîner la nullité de la donation.

Cette conséquence du motif invoqué par nos adversaires nous semble être la condamnation de leur doctrine. « Il est facile, d'ailleurs, dit Demolombe (Des

Donat., T. 3, n° 390), d'apercevoir les difficultés d'application ou plutôt les impossibilités auxquelles doit tout d'abord échouer une telle doctrine ! Et comment donc saura-t-on si la valeur des biens présents du donateur est égale à la somme donnée, et si les biens qu'il laissera à son décès seront encore les mêmes biens qu'il avait à l'époque de la donation ».

Nos adversaires ont rendu le principe d'irrévocabilité trop exigeant et ne peuvent plus y satisfaire. Ce n'est pas tout, et en admettant que ce système soit fondé en soi et qu'il atteigne le but qu'il poursuit, l'examen des deux propositions qui le formulent ne révèle-t-il pas en elles un illogisme flagrant ? Eh quoi, vous déclarez, d'une part, que la donation d'une somme payable au décès du donateur, est valable dans la mesure des biens qu'il possède au moment de la donation ; et, d'autre part et immédiatement après, que si ces biens ne valent pas la somme donnée, la donation est nulle ! Cette conclusion n'est-elle pas manifestement contraire à l'article 943, qui n'annule la donation de biens présents et à venir qu'à l'égard de ces derniers. Car, dans votre système, c'est bien d'une donation de biens présents et à venir qu'il s'agit, au cas où la valeur des biens présents est inférieure à celle de la somme donnée. Ce n'est donc pas la donation tout entière qu'il faut annuler, mais seulement la partie de cette donation qui excède la valeur des biens actuellement en la possession du donateur.

Ce système est donc vicieux, puisqu'il n'aboutit pas à créer, d'une façon irrévocable, ce gage d'exécution qui constitue et son but et sa cause originaire.

Cette imperfection du second système, ce défaut de correspondance entre le but qu'il poursuit et le moyen qu'il y emploie, ont donné naissance au troisième système. Le gage d'exécution du second système n'est pas vraiment irrévocable, s'est-on dit dans cette troisième

opinion; or, il faut absolument qu'il le soit, pour que le système se tienne solidement. C'est donc à imprimer à ce gage d'exécution un caractère certain d'irrévocabilité qu'on va travailler dans le troisième système. On n'abandonne pas l'idée, le but du second, on se félicite de l'atteindre au moyen d'une *constitution d'hypothèque*. Nous croyons avoir suffisamment démontré que, pour avoir perfectionné le second système, en créant un gage irrévocable, les auteurs du troisième système n'en sont pas moins dans l'erreur et qu'ils outrepassent la portée du principe.

Voici enfin le quatrième système. C'est celui que nous adoptons. On y soutient que la donation de somme d'argent ou de choses fongibles payables au décès du donateur est valable, sans distinguer si le donateur possède ou non, dès le temps de la donation, des biens suffisants pour répondre de l'exécution du contrat, et dans le cas même où le donateur ne posséderait absolument rien à cette époque. Après avoir combattu les trois systèmes contraires, il nous faut maintenant établir directement ce quatrième système.

La donation est un contrat; elle doit donc pouvoir recevoir toutes les sortes de biens qui font l'objet des contrats en général: « On peut, dit Demolombe, (T. 3, donat., n° 392) donner entre-vifs *toutes sortes de biens*, des biens incorporels ou des biens corporels; et la donation, par conséquent peut avoir pour objet une *créance* ou une rente que le donateur crée au profit du donataire contre lui-même ». Il faut seulement que la chose donnée le soit *irrévocablement*, en ce sens, nous l'avons démontré, que le donateur ne se soit réservé aucun moyen conventionnel quelconque de revenir en tout ou en partie sur la donation. Et ce n'est pas seulement ce que dans un sens large nous avons appelé le *Titre*, qui doit être ainsi à jamais soustrait aux entreprises du donateur; c'est aussi l'*émolument*. L'irrévo-

cabilité n'est que cela. Aussi avons-nous dit que si en fait le donateur conservait certains moyens non conventionnels, résultant de la nature des choses ou de la souveraineté même de sa volonté, de porter une atteinte soit au Titre, soit à l'Emolument, l'existence de tels moyens, entre ses mains, n'était pas contraire à la règle d'irrévocabilité et n'entraînait pas, comme conséquence, la nullité de la donation. Or, s'il est vrai que le donateur conserve, malgré tout, le pouvoir de se rendre insolvable et de détruire ainsi le gage d'exécution, l'émolument, la donation ne laisse pas, cependant, d'être parfaitement irrévocable. Cet argument nous semble répondre victorieusement à l'objection qui consisterait à dire, ainsi que le prétend d'ailleurs, le premier système, qu'un droit de créance ne peut faire l'objet d'une donation.

Du moment qu'un droit de créance peut faire l'objet d'une donation, il faut également reconnaître qu'un tel droit doit pouvoir être donné tel qu'il consiste et se comporte, avec toutes les conséquences qu'il renferme, sans que le principe d'irrévocabilité doive réagir sur ce droit, pour le rendre susceptible de faire l'objet d'une donation, au point de changer son caractère et sa physionomie, par des exigences telles que la présence de certains biens dans le patrimoine du donateur au temps de la donation, ou l'adjonction de garanties accessoires.

Il faut donc accepter le droit de créance tel qu'il est en soi, comme objet de donation, ou répudier toute donation ayant pour but de conférer un tel droit, mais nous ne pouvons comprendre ni admettre les correctifs que proposent le deuxième et le troisième système. Au surplus, si, sous le prétexte que le donateur conserve un pouvoir trop grand sur l'Emolument, on déclarait nulle toute donation qui donne naissance à des droits de créance conditionnels ou à terme, il faudrait

aussi proscrire bien d'autres donations, celles, par exemple, qui ont pour objet des effets mobiliers, puisque jusqu'à la livraison, la volonté du donateur peut en diminuer la substance; or, nous ne sachons pas qu'un tel système ait jamais été proposé.

L'exactitude de ce que nous avançons semble être démontrée par un argument tiré de l'*Institution Contractuelle*. Nous trouvons sur cette matière, les expressions de *Titre* et d'*Emolument*. Elles ont été prononcées par le tribun Jaubert dans son rapport au Tribunat (Locré; législat. civile. T. 11, p. 484). La loi admet ce genre de disposition (art. 1082 et suiv.), la traite comme une donation entre-vifs et la considère comme irrévocable, au moins suivant certains auteurs, (V. Aubry et Rau, T. 8, § 737). Or, le droit qui fait l'objet d'une telle donation est un droit successif, garanti par une sorte de réserve, un droit dont la nature même emporte que l'émolument qui le complète n'est qu'éventuel et ne pourra être fixé dans sa consistance qu'au moment du décès du donateur, qui jusque là, peut disposer de ses biens à titre onéreux et les dissiper. Eh bien ! malgré cette éventualité de l'émolument, malgré cette possibilité, laissée au donateur de le diminuer ou de le détruire, la loi, considère que l'institution contractuelle satisfait néanmoins au vœu de l'irrévocabilité dans une mesure suffisante. Qu'est-ce à dire, sinon que la loi a reconnu comme conforme à cette règle, la donation d'un droit successif, à la condition que le *Titre* soit conféré irrévocablement et sans s'inquiéter de ce que l'émolument reste aux mains du donateur, qui peut le modifier, le diminuer ou même l'anéantir. Et si la loi n'a pas pris souci de cette circonstance, c'est que, du moment qu'elle admet qu'un tel droit peut faire l'objet d'une donation, elle le prend tel qu'il est et avec sa conséquence forcée de l'indétermination de l'émolument qui reste aux mains du dona-

teur. Il nous semble que c'est au moins par *a pari* (1) de ce qui se passe pour l'institution contractuelle que la loi a dû admettre comme parfaitement valable et conforme à la règle de *Donner et Retenir ne vaut*, la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur. Dans les deux cas en effet, les droits conférés par la donation sont tels que l'émolument, qui n'en peut être communiqué au donataire que par l'exécution seule, n'est pas dans son *quantum* irrévocablement acquis au donataire, au sens des auteurs dont nous avons combattu les opinions. Et si cette conséquence de la nature du droit donné dans l'institution contractuelle n'est pas aux yeux de la loi un obstacle à l'irrévocabilité de la donation, nous ne voyons pas comment il en pourrait être autrement, quand il s'agit de la donation d'une somme d'argent.

Une autre preuve de l'exactitude de notre système peut se déduire de l'article 950 (Code civil). Ce que nous soutenons, c'est que la circonstance que l'émolument peut, à cause de la nature du droit auquel il se réfère, être diminué par le donateur, n'empêche pas que la donation d'un tel droit soit irrévocable. Or, l'article 950 porte : Lorsque la donation d'objets mobiliers aura été faite avec réserve d'usufruit, le donataire sera tenu, à l'expiration de l'usufruit, de prendre les effets donnés qui se trouveront en nature, dans l'état où ils seront ; cela, sans préjudice sans doute de la faute ou du fait du donateur, auquel cas celui-ci serait tenu de payer au donataire, pour les objets disparus, leur valeur d'après l'état estimatif. Ainsi, le droit donné est ici un droit de nu-propriété sur des objets mobiliers, et ce droit de nu-propriété est tel, à cause de sa contre-

(1) Nous verrons plus loin que c'est par *a fortiori* qu'il y a irrévocabilité de l'émolument dans une donation de somme d'argent payable au décès du donateur.

partie, l'usufruit que s'est réservé le donateur, que l'émolument d'exécution qui ira au donataire, à la cessation de l'usufruit, pourra être diminué par suite de la jouissance de l'usufruitier : or, cette diminution probable, certaine même, n'empêche pas qu'une donation dans les termes de l'article 950, n'ait le caractère d'irrévocabilité.

Il résulte de tout ce qui précède que la donation d'une somme d'argent ou de choses fongibles, payables au décès du donateur, est irrévocable au sens légal, encore que l'émolument en puisse être réduit ou puisse disparaître par le fait du donateur, avant l'échéance.

L'insolvabilité du donateur ne portera aucune atteinte à la créance, qui pourra toujours être intégralement poursuivie soit contre le donateur lui-même, revenu à meilleure fortune, soit contre ses héritiers purs et simples.

Une objection est possible, qu'il nous faut détruire. L'article 943, peut-on dire, s'oppose à une semblable donation. Cette objection porterait si la donation avait directement pour but les biens eux-mêmes du donateur, ses *biens en nature*, soit ses biens à venir, soit même ses biens présents. Mais il n'en est rien.

Créancier à titre gratuit, le donataire aura tous les droits d'un créancier ordinaire ; le patrimoine présent et futur du donateur sera son gage (art. 2092).

Comme tout créancier, il pourra faire des actes conservatoires et demander, contre le donateur, la déchéance du bénéfice du terme. Il pourra aussi, suivant le droit commun des créanciers, poursuivre la révocation des actes faits par le donateur en fraude de ses droits (art. 1167).

Nous allons rechercher si le donataire, créancier d'une somme d'argent, n'aurait pas d'autres droits plus ou moins étendus, suivant qu'il se trouverait en

concours avec d'autres créanciers chirographaires et à titre onéreux, ou d'autres créanciers aussi chirographaires, mais à titre gratuit, du même donateur.

§ 3. — CONCOURS DU DONATAIRE GRÉANCIER D'UNE
SOMME D'ARGENT PAYABLE AU DÉCÈS DU DONATEUR,
AVEC LES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES, A TITRE ONÉ-
REUX DU DONATEUR.

Trois systèmes ont été émis.

Dans le premier, on dit que le donataire ne peut venir par contribution qu'avec les créanciers chirographaires, dont les créances sont postérieures à la donation, les créanciers dont les titres sont antérieurs devant être payés avant lui (Coïn. Delisle, art. 943, n° 11).

Le second système est plus radical : il refuse au donataire tout concours avec les créanciers à titre onéreux du donateur ; qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à la donation, le donataire ne pourrait se remplir de sa créance que sur ce qui restera après le prélèvement des créances à titre onéreux.

Enfin, dans le troisième système que nous adoptons, le donataire créancier est traité de pair avec tous créanciers chirographaires quelconques ; il partagera par contribution avec eux le gage du débiteur, ou passera avant ou après eux, suivant qu'aucun gage réel n'aura été conféré par le donateur à ses différents créanciers, ou, qu'au contraire, il existera, en faveur du donataire ou en faveur des autres créanciers, des causes légales de préférence.

Les deux premiers systèmes nous semblent contraires aux principes. Chacun d'eux tente de créer au profit des créanciers à titre onéreux du donateur, et en dehors des dispositions légales, un droit de préférence qui n'est écrit nulle part. Le seul principe applicable à notre question est celui de l'article 2093 qui crée au profit de tous créanciers indistinctement un gage commun sur le patrimoine de leur débiteur. Cet article on le sait, ne distingue nullement entre l'origine, gratuite ou onéreuse, des créances dont l'exécution est assurée par ce gage ; et pour toutes, ce gage, en cas d'insolvabilité, doit être distribué au *pro rata* de leur montant. Telle est la règle. Il n'y a pas lieu de s'en départir, suivant nous, en ce qui concerne les créances acquises à titre gratuit. Sans doute alors, le donataire, sans bourse délier, prendra part au partage du patrimoine dans la même proportion que les créanciers à titre onéreux, pour lesquels la participation à la distribution ne sera que l'équivalent amoindri d'un appauvrissement antérieur ; le donataire, quelle que soit la consistance du gage, s'enrichira, tandis que les créanciers à titre onéreux subiront une perte. Il y là, nous n'y contredisons pas, un échec à la justice absolue. Mais à qui la faute ? Aux créanciers à titre onéreux seuls. De deux choses l'une, en effet : ou bien le créancier le dernier en date est le donataire, et alors les créanciers à titre onéreux doivent se reprocher d'avoir laissé le donateur, créer ou augmenter son insolvabilité par la donation. Ils avaient, pour se protéger, le secours de l'action Paulienne, secours d'autant plus facile qu'ils n'avaient pas à prouver le dessein de fraude chez le donataire. Ou bien les créanciers à titre onéreux sont postérieurs au créancier donataire, et alors leur devoir était d'être circonspects et de s'enquérir, avant de traiter avec le donateur, de ses facultés et de sa situation. Tant pis pour eux s'ils ont contracté légère-

ment. En acceptant le donateur pour leur débiteur, ils ont par là même accepté tel quel, son patrimoine pour leur gage. *Jura vigilantibus sunt*. On a mis en avant, pour soutenir le droit de préférence, que le second système veut créer au profit des créanciers postérieurs, la Maxime : « *Nemo liberalis, nisi liberatus* ». Cette Maxime est absolument étrangère à notre question. Elle ne s'applique qu'aux légataires dans leurs rapports avec les créanciers de la succession et nullement aux donataires entre-vifs, ainsi que M. Labbé l'a invinciblement démontré (J. du P., 1860, p. 334).

§ 4. — CONCOURS DE DEUX DONATAIRES SUCCESSIFS DE
SOMMES D'ARGENT PAYABLES AU DÉCÈS DU DONATEUR

Distinguons ici deux cas. 1° La seconde donation *n'est pas garantie* par une *hypothèque* sur les immeubles du donateur. 2° Elle *est garantie* par une *hypothèque*.

La question pour nous est immédiatement tranchée. Dans le premier cas, les deux donataires viendront en concours au marc le franc, car il n'y a entre eux aucune cause de préférence. Dans le second cas, au contraire, la cause de préférence qui existe au profit du deuxième donataire, lui permettra de se faire payer avant le premier. Ces solutions résultent de ce que, comme nous l'avons exposé déjà, il n'y a pas, suivant nous, à faire de distinction entre l'origine, gratuite ou onéreuse, des créances. Une réserve est toutefois ici indispensable, pour prévenir toute équivoque sur la

portée exacte de notre solution relative au second cas. Oui, nous croyons fermement que si la deuxième donation est garantie par un gage hypothécaire, elle devra être exécutée de préférence à la première. La constitution de l'hypothèque, comme la seconde donation, ne nous semblent nullement contraires à l'irrévocabilité qui protège la première donation de somme d'argent. Ce qui, en effet, est donné dans une telle donation, c'est un droit de *créance* tel qu'il consiste et se comporte, sans affectation spéciale et déterminée de tel ou tel bien présent du donateur à la sûreté de son exécution. Or, pour soutenir que la seconde donation ou l'affectation hypothécaire qui l'accompagne sont contraires au principe de l'irrévocabilité, il faut nécessairement supposer que la première donation a eu pour objet des biens présents du donateur, et c'est là la cause de la confusion dans laquelle se perd la doctrine adverse. Il pourrait arriver, néanmoins, que la seconde donation ou la constitution d'une hypothèque n'eussent eu, en fait, d'autre but que de révoquer en tout ou partie la première libéralité. Nous ne le nions pas, mais ces circonstances n'atteignent nullement la validité de telles dispositions en soi. On pourra donc annuler la deuxième donation ou l'hypothèque qui la garantit, s'il est reconnu en fait qu'elles n'ont eu d'autre but que de porter un préjudice au premier donataire. Mais ce ne sera là que l'application des règles générales du droit, et non pas une conséquence du principe de l'irrévocabilité des donations. Le premier donataire fera tomber la seconde libéralité par l'action Paulienne, en démontrant l'existence des deux éléments de sa recevabilité. C'est ainsi que dans un arrêt du 5 mars 1879 (Sirey., 2-68, 1880), la cour de Caen, après avoir déclaré qu'il est permis de donner une somme d'argent payable au décès du donateur, a décidé que de deux donations émanées du même donateur et payables

toutes deux à son décès, la deuxième devait être annulée, parce qu'elle avait eu lieu par suite d'un *concert frauduleux entre le donateur et le second donataire*. La seconde donation était faite, dans l'espèce, de tout ce qu'avait le donateur, et elle rendait sa succession insolvable, comme le constatait l'inventaire. Elle était, d'autre part, voisine de son décès.

1^{er} cas. — Dans une doctrine contraire, on tient que le second donataire passera après le premier, qui tire de l'antériorité même de son titre un droit de préférence.

Trois arguments sont invoqués par les partisans de ce système.

1^o Ils se réclament du principe d'irrévocabilité dans les donations, principe qui s'oppose absolument, disent-ils, à ce que le donateur diminue par des dispositions postérieures l'actif de son patrimoine, le gage même d'exécution de la première libéralité.

Nous avons déjà dit plus haut ce que nous pensions de cette extension que nos adversaires prétendent donner à l'irrévocabilité, et nous avons conclu que la possibilité laissée en fait au donateur de diminuer son actif par des aliénations ou des obligations ultérieures, ne rentrait pas dans le cercle d'application de la *Maxime Donner et Retenir ne vaut*. « *Nam licet adiiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere conditionem deteriore* » (L. 1, § 2, D. de separat.). Aussi bien, et nous y insistons encore, c'est par suite de cette idée erronée que les biens présents du donateur sont le gage spécial et exclusif du premier donataire de somme d'argent, que nos adversaires soutiennent l'existence d'un droit de préférence à son profit. Ils n'ont pu se résigner à prendre le droit de créance dans sa nature même et dans sa définition juridique, pour en faire l'objet d'une donation, sans qu'il soit en quelque sorte

soutenu par une manière de droit réel qui en constitue le gage.

D'ailleurs, si leur argument tiré de l'irrévocabilité de la première donation était concluant, ce n'est pas seulement une seconde donation semblable à la première qu'il faudrait annuler au nom de cette irrévocabilité, mais encore toute donation ultérieure d'une somme actuellement exigible ou dont l'échéance serait antérieure au décès du donateur; c'est encore, ce qui plus est, toute donation postérieure portant sur un bien qui existait dans le patrimoine du donateur au moment de la première libéralité; c'est même nombre d'obligations à titre onéreux, ultérieurement contractées par le donateur. Or, si de tels actes sont susceptibles d'être annulés, ce n'est pas par une conséquence de l'irrévocabilité, mais bien en vertu des principes du droit commun, par l'action Paulienne.

2° Le second argument est tiré de l'article 923, relatif au retranchement que doivent subir les libéralités entre-vifs, les dernières en date, pour remplir les réservataires de leurs droits. Nos adversaires trouvent dans cet article un principe général, disent-ils, qui n'a été émis, il est vrai, qu'à l'occasion de l'imputation de la réserve, mais qu'il y a lieu d'appliquer d'après eux, par analogie, à notre question. Telle est la doctrine contenue dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 7 mars 1860. Voici l'espèce : Le 18 mars 1833, la demoiselle Toulzac avait fait donation entre-vifs au sieur Toulzac, dans le contrat de mariage de celui-ci avec Léontine Lenocho, d'une somme de 50,000 fr., payable après son décès. Puis, par acte du 18 novembre 1854, la même demoiselle Toulzac avait fait donation entre-vifs à Vignes-Salvagnac d'une somme de 22,000 fr. payable aussi après son décès, avec affectation hypothécaire sur ses biens immeubles. Au décès de la donatrice, ses immeubles furent vendus, mais leur

prix fut insuffisant pour acquitter ses dettes et le montant des deux donations. La Cour, sur le point de droit, décida que la solution s'en trouvait dans l'article 923, et que la seconde donation devait être annulée par application de cet article.

M. Nicias Gaillard, dans un article qu'il a écrit dans la Revue critique de Jurisprudence (t. XVI, p. 193), soutient vigoureusement le système de cet arrêt. « L'article 923, dit-il, contient un principe qui doit s'appliquer à l'espèce de l'arrêt : quand il s'agit de réserve, la réduction ne peut commencer que là où cesse le *disponible*. De même ne peut-on pas dire que le donateur, dont la succession à présent n'est insuffisante, qu'eu égard à l'ensemble de ses dispositions, n'a fait, lors des premières, inférieures à son actif, que ce qu'il pouvait faire ? Qu'il avait ce qu'il donnait, et que ce n'est qu'après avoir épuisé son actif qu'il a donné ce qu'il n'avait plus ? Que, dès lors, ce sont ces dernières libéralités, *auxquelles la matière manquait*, qui doivent céder aux premières ? *Celui qui donne s'oblige, et qui s'oblige oblige le sien*. Les droits de même sorte qu'il concède à d'autres postérieurement ont *bien aussi pour gage son patrimoine*, mais *diminué de ce qu'il en a déjà distrait ; il ne peut donner que ce qui lui reste*. Les premiers donataires n'ont rien pris à ceux qui n'étaient pas encore ; ce *serait ceux-ci qui feraient perdre aux premiers donataires un avantage acquis*, s'ils les primaient ou même venaient en concurrence avec eux. » Tout, dans ce passage, montre bien que son auteur ne veut pas séparer du droit de créance, droit purement personnel, seule partie de l'objet de la donation que puisse efficacement protéger la règle d'irrévocabilité, d'avec le patrimoine du donateur, qui n'en est que le gage général et commun, comme il est celui de toute créance. Partout apparaît, dans l'esprit de l'auteur, cette liaison intime

de la créance avec le patrimoine qu'il semble vouloir accaparer pour la seule garantie de cette créance. C'est parce que les *dernières* dispositions ont *excédé* le *disponible* qu'il faut les réduire, sans laisser leurs bénéficiaires concourir avec ceux des premières.

C'est parce que la *matière manque* aus secondes dispositions, qu'il faut les supprimer. Certes, celui *qui s'oblige, oblige* le sien ; mais cela ne veut pas dire qu'il l'affecte spécialement à telle ou telle créance, à moins d'une clause formelle d'affectation.

L'analogie que veulent tirer de l'article 923, au soutien de leur système, les auteurs que nous combattons, ne nous semble pas admissible. Nous comprenons que, lorsque le donateur laisse des héritiers à réserve, on puisse diviser la succession en deux parts ; le *disponible* et l'*indisponible*, et nous comprenons également que les donations les plus récentes, ayant entrepris sur l'indisponible, doivent être réduites avant les plus anciennes, car en les consentant, le donateur a aliéné ce qu'il ne pouvait pas aliéner, l'*indisponible*. Et si l'article 923 veut que la réduction s'attaque d'abord aux libéralités plus récentes, cela provient surtout de ce que le donateur a disposé de ce dont il ne pouvait pas disposer. Il en est tout autrement, au cas où le donateur ne laisse pas d'héritiers réservataires. Tout est en effet, disponible, alors, et comme d'autre part, le principe d'irrévocabilité n'est pas en question, nous ne voyons qu'une solution possible, celle du concours des donataires de sommes d'argent.

Ce n'est pas tout, et alors même que le donateur de deux sommes d'argent, s'appliquant à des donataires différents, laisserait des héritiers à réserve, nous croyons encore qu'il faudrait admettre le concours des deux donataires. Voilà pourquoi : Au cas d'existence d'héritiers réservataires, si d'ailleurs le défunt a fait plusieurs donations successives, portant sur des biens

corporels et déterminés, il est tout naturel, comme nous le disions plus haut, que les dernières donations soient réduites, et c'est ici qu'il est vrai de dire que la *matière leur manquait*. Dans ce cas, retirer au premier donataire une chose ou une partie des objets définitivement donnés, ce serait, en effet, non-seulement contredire à l'idée qui a dicté le mode légal d'imputation de la réserve, mais même à la règle d'irrévocabilité en matière de contrats en général ; il y a eu, en effet, au profit du premier donataire une appropriation d'une chose corporelle déterminée ; et l'on ne saurait comprendre que le donateur, après avoir donné, par exemple, des objets d'une valeur égale aux $\frac{2}{3}$ du disponible, dans une première disposition, puisse par une libéralité postérieure, dans laquelle il excéderait le tiers restant, forcer le premier donataire à partager avec le second. Pour qu'une telle dépossession du premier donataire au profit du second, fût possible, il faudrait au moins que le donateur eût exprimé son intention en ce sens, dans la première donation. A supposer qu'il l'eût exprimée, il y aurait lieu d'annuler *parte in quâ* la première donation, par application de l'article 946. Que si, au contraire, cette volonté du donateur ne s'était fait jour que dans la seconde disposition, elle ne pourrait en rien réfléchir sur la première.

Voilà donc pourquoi, la *matière manquant* aux dernières dispositions, il y a lieu de les réduire. Mais, cela n'est vrai, on le comprend de reste, que de donations portant sur des *corps certains*. Que si, au contraire, les libéralités sont de *sommes d'argent*, comme les seuls droits qui en résultent sont des *droits personnels*, n'ayant pas d'affectation spéciale sur telle ou telle partie du patrimoine du débiteur, on ne peut pas dire que le disponible soit absorbé jusqu'à concurrence d'une valeur quelconque par la première donation, et que le reste seul doive pourvoir à la seconde libéralité. Dans

ce cas, comme dans celui où le donateur ne laisse pas d'héritiers à réserve, il y a une masse unique, le patrimoine, qui sert à payer en tout ou partie, tous les créanciers, sans que l'antériorité, dans le temps, puisse créer une cause de préférence. Le patrimoine n'est pas diminué par la libéralité antérieure, en ce sens qu'une disposition ultérieure ne puisse plus avoir pour gage que ce qui en reste, après prélèvement du bénéfice de la première. C'est à notre avis, la seule matérialité de l'objet donné qui, grâce à l'appropriation qu'elle rend possible, au profit du premier donataire, entraîne cette double conséquence : 1° que cet objet est retranché, par la donation, de la quotité disponible qui se trouve ainsi diminuée d'autant et limitée, à l'égard des donations à venir, à ce qui en reste libre ; 2° et que d'autre part la seconde donation ne peut plus, sans heurter la règle d'irrévocabilité, venir restreindre le bénéfice de la première. « Ne voit-on pas, dit M. Labbé, quelle énorme différence il y a entre le cas où il s'agit d'enlever à un donataire, une partie de ce dont il est devenu propriétaire, afin de compléter la réserve, et le cas où il s'agit de déterminer ce qu'un droit *pur et simple* de créance autorise un donataire à toucher d'un débiteur insolvable. » (J. du P. 1860). Ainsi, c'est donc toujours parce que nos adversaires veulent dénaturer le droit de créance, en l'amalgamant avec une sorte de gage réel, quand il s'agit de donation, que tous leurs arguments tombent devant la protestation de la nature même du droit personnel.

C'est, enfin, derrière l'article 1083, que se réfugient les auteurs du système que nous critiquons. Si, dit-on, l'article 1083 s'oppose à ce que l'instituant puisse préjudicier par des dispositions gratuites ultérieures, à l'institution contractuelle, dont l'irrévocabilité pourtant, n'est pas aussi rigoureuse qu'en matière de donation ordinaire, à bien plus forte raison doit-il protéger une

libéralité de cette dernière espèce, contre des dispositions ultérieures à titre gratuit. (Nicias Gaillard, *Revue critique de Jurisprudence*, 1860, T. 16, p. 193 et suiv.).

Cet argument nous touche peu. Si, en effet, lorsque la donation de biens à venir est universelle, ou qu'elle a pour objet une chose déterminée, l'instituant ne peut plus, par application de l'article 1083, disposer à titre gratuit, au préjudice de l'institution, cela tient à ce que cet article crée une véritable *indisponibilité* à titre gratuit, sur l'ensemble du patrimoine du donateur, dans le premier cas, sur l'objet spécial de l'institution, dans le second. Cette indisponibilité a pour effet de mettre hors des atteintes de la générosité ultérieure du donateur, soit le patrimoine entier, soit l'objet déterminé ; et l'on comprend très bien, par suite, qu'une donation d'une somme payable au décès, pas plus, d'ailleurs, que toute autre donation entre-vifs, ne puisse venir entamer cette espèce de réserve créée par l'institution au profit de l'institué. Mais il en va tout autrement dans notre hypothèse, où, nous l'avons vu, la donation de somme d'argent payable au décès du donateur, ne crée et ne peut créer, au profit du bénéficiaire, sans mentir à sa nature même, aucune indisponibilité sur une partie quelconque du patrimoine du donateur. L'article 1083 ne peut donc pas s'appliquer à notre espèce.

Que si, maintenant, le donateur avait fait d'abord une donation de biens à venir ayant pour objet une somme d'argent payable à son décès, l'article 1083 ne viendrait pas plus protéger une telle donation contre toute libéralité ultérieure ayant le même objet, qu'il ne protégerait contre celle-ci une première donation ayant toujours un objet analogue, mais qui ne serait pas une institution contractuelle. Nous ne pouvons admettre, en effet, que, par cela seul que la première donation d'une somme payable au décès est une institution contractuelle, elle puisse trouver dans l'article 1083, à l'en-

contre d'une seconde libéralité de somme payable au décès, mais qui ne serait pas elle-même une institution contractuelle, une protection qui ne couvre pas une donation actuelle de somme payable au décès. Les donations de biens à venir ne sauraient, croyons-nous, être sous ce rapport plus favorables que les donations de biens présents. Les unes et les autres ont, en effet, pour objet un droit de créance, dont la nature résiste énergiquement et dans tous les cas, à l'existence d'un gage spécial affecté à leur exécution; il n'y a, dans les deux cas, que le gage général du patrimoine du donateur dans son ensemble, et nous ne croyons pas possible que l'indisponibilité de l'article 1083 ait, pour la protection de la donation de biens à venir, quand elle a pour objet un droit de créance, une vertu plus efficace que l'irrévocabilité des donations en général, pour la protection de la donation de biens présents qui a le même objet.

2^e cas. — La seconde donation est seule garantie par une hypothèque.

Les principes que nous avons émis sur le droit que confère au donataire la donation d'une somme d'argent payable au décès, nous conduisent naturellement à admettre en général et sauf les fraudes possibles, dont la preuve incomberait au premier donataire, la validité d'une constitution d'hypothèque accessoire à une seconde donation de somme d'argent payable au décès. De ces deux créanciers, le second a été plus prévoyant, plus soucieux de ses droits que le premier : il est juste qu'il lui soit préféré.

La Cour de Cassation, dans l'arrêt précité, et M. Nicias Gaillard protestent contre la validité d'une telle hypothèque : ils disent que l'hypothèque, qui n'est qu'un droit accessoire, ne peut s'appliquer qu'à un droit existant par lui-même, mais qu'elle peut le créer, et qu'entre deux droits elle n'est une cause de préférence pour celui auquel elle est adjointe, que si ces

droits sont égaux et rivaux. Eh bien ! c'est précisément là le cas des deux droits de créance résultant de deux donations successives de sommes payables au décès du donateur. Nous pensons, en effet, avoir démontré que les deux droits en question sont bien des droits égaux et rivaux. Ils le sont, parce qu'ils sont tous deux un droit de créance pur et simple. C'est toujours cette idée : que la première donation a rendu indisponible à l'encontre d'une donation plus récente du même genre, une valeur dans le patrimoine du donateur, égale au montant de la première créance, et a, par suite, créé un droit de préférence au profit du premier donataire, c'est toujours cette idée, disons-nous, qui trouble nos adversaires et les conduit à tenir que, des deux donations, la première en date doit être préférée, et qu'il faut appliquer ici la Maxime : « *Prior tempore, potior jure* ». Pour nous, la seule cause de préférence entre les deux donataires créanciers ne peut être, comme entre tous autres créanciers, qu'une cause légale, telle que l'hypothèque.

Au surplus, nos adversaires ne se contredisent-ils pas quand, d'une part, ils admettent et valident les donations d'immeubles postérieures à une donation de somme d'argent payable au décès, si d'ailleurs l'acte a été transcrit, et quand, d'autre part, ils déclarent nulle et de nul effet, dans l'hypothèse qui nous occupe, la constitution d'hypothèque adjointe à la seconde donation de somme d'argent ? Le donateur peut donc, sans pour cela enfreindre la règle fondamentale de l'irrévocabilité, constituer au profit du donataire plus récent d'une somme d'argent, une hypothèque pour sûreté de sa créance, et il le peut, non seulement sur ses immeubles présents, mais même sur ses immeubles à venir, dans les conditions de l'article 2130.

§ 5. — DONATION D'UNE SOMME D'ARGENT A PRENDRE
SUR LES BIENS QUE LE DONATEUR LAISSERA A SON
DÉCÈS.

C'est parce que nous avons reconnu que le donateur d'une somme d'argent payable à son décès était dessaisi actuellement et irrévocablement du droit qu'il conférait, que nous avons validé une telle donation. Nous n'en ferons pas autant, au moins en général, de la donation ainsi conçue : « *Je vous donne 100 à prendre sur les biens que je laisserai à mon décès* ». C'est que, dans ce cas, le droit lui-même de créance n'est pas conféré irrévocablement au donataire. Ce droit est, en effet, subordonné à cette condition que le donateur *laissera des biens* : or, cette condition dépend de sa volonté dans une mesure qui passe la limite permise par l'article 944. Ce n'est pas seulement l'émolument qui reste à la discrétion du donateur, ce qui ne vicierait pas la donation, à cause précisément de l'impossibilité de lui retirer cette influence, mais c'est aussi l'existence même du droit de créance, qui reste à la merci du donateur, et elle y reste absolument, par suite de la convention même, et non par suite d'une nécessité dérivant de la nature des choses. Or, cette dernière conséquence est manifestement inacceptable. Les termes mêmes de ce genre de libéralités indiquent que le donateur n'a entendu conférer au donataire qu'une seule chose, un droit éventuel à la somme promise.

§ 6. DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

Nous allons rechercher ici pourquoi l'institution contractuelle est, en principe, proscrite par le Code civil.

Ce sera, pour nous, l'occasion de faire l'application du principe d'irrévocabilité à l'émolument de la donation, et, dans une étude comparative de l'institution contractuelle et de la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur, de bien discerner les actes qui ne vicient pas la donation, malgré la possibilité que conserve, en fait, le donateur de les accomplir, de ceux que cette possibilité, aggravée d'autres circonstances, rend contraires au principe d'irrévocabilité.

La raison de la proscription, en principe, de l'institution contractuelle, qui tout d'abord apparaît à l'esprit, c'est que l'institution contractuelle, étant une donation de biens à venir, est par là même incompatible avec les exigences de l'irrévocabilité des donations entre-vifs. Néanmoins, dans une semblable disposition, quelque chose est à coup sûr irrévocable : c'est le *Titre*, c'est-à-dire un droit successif dans la succession du disposant. Ce droit, quoique soumis à la condition du décès du donateur avant l'institué, n'en est pas moins absolument irrévocable et hors des atteintes de l'instituant.

Quelle est donc la raison foncière de la prohibition des institutions contractuelles en dehors des contrats de mariage, dans notre législation ? Voici, croyons-nous, ce que l'on peut répondre : D'une part, l'émolument de

la donation devant, jusqu'à la mort du donateur, rester entre ses mains, le donateur n'éprouve, à vrai dire, aucune privation, car le titre d'hériter qu'il a conféré ne l'appauvrit pas en réalité ; il ne s'en prive pas, ne devant jamais le posséder. Voilà déjà une condition essentielle de toute libéralité qui fait défaut ; car il n'y a pas non plus, d'autre part, d'appauvrissement pour le donateur dans l'interdiction qu'il s'impose de ne pouvoir plus disposer à titre gratuit au préjudice de l'institué, mais une simple limitation de son droit de disposition, qui peut le gêner parfois, sans l'appauvrir réellement. Cette limitation, au surplus, ne va pas jusqu'à l'empêcher de disposer, même à titre gratuit, pour des sommes modiques, à titre de récompense ou autrement, et doit, par là même, lui être moins pénible.

Au surplus, l'émolument de la donation, à savoir la consistance active de son patrimoine, va pouvoir varier jusqu'à sa mort, par l'effet de sa volonté ; on ne peut donc pas dire qu'il soit vraiment irrévocable. Or, nous savons que le donateur ne doit pas plus pouvoir toucher à l'émolument qu'au titre même. Nous verrons, d'autre part, que pour des raisons particulières, que nous ferons ressortir plus loin, la possibilité que conserve le donateur de détruire ici l'émolument, ne saurait être rangée parmi les moyens de fait restés, par la force des choses, en sa puissance, moyens dont nous avons dit qu'ils n'étaient pas contraires à la règle d'irrévocabilité.

Nos anciens auteurs disaient, pour expliquer que la donation de biens à venir, en général, était contraire à la *Maxime Donner et Retenir ne vaut* que : 1° Pour de tels biens la *tradition de fait* était impossible ; 2° que celle de *droit* l'était aussi. Leurs expressions, ainsi que nous l'avons déjà dit, marquent bien que le véritable motif qui les a déterminés à proscrire ce genre de donation, en principe, c'est que l'irrévocabilité de

l'émolument n'y est pas assurée. C'est surtout cet abandon de l'émolument à la discrétion du donateur qui les touche et les influence ; nous l'avons montré dans la première partie de cette thèse. Nous l'avons vu d'autre part, si nos anciens auteurs n'admettaient pas comme valable une donation subordonnée à la condition du décès du donateur, c'était par la raison que la tradition de fait était dans ce cas impossible. Ce qui donc domine dans leur esprit et leur inspire leurs solutions, c'est le désir de voir s'effectuer la tradition de fait qui, en même temps qu'elle appauvrit le donateur d'une manière sensible, s'oppose à des entreprises de sa part sur l'émolument du don. C'est donc l'émolument, autant au moins que le titre, qu'ils voulaient voir irrévocable et cette préoccupation, obsédante chez eux, ne leur permit pas de voir nettement que la tradition de droit était possible dans la donation de biens à venir. Ils ne le voient pas en général. Le seul presque, parmi eux, qui le sente, est Patou. Ou si Ricard, dans une objection qu'il prévoit contre ce qu'il vient de dire de l'impossibilité de la tradition de droit dans les donations de biens à venir, pressent cette irrévocabilité du titre, c'est pour la méconnaître immédiatement dans les donations de biens à venir. Il ne la reconnaît que dans les institutions contractuelles. Pourquoi ne pas en faire autant pour les donations de biens à venir non comprises dans les contrats de mariage ?

La vraie raison est celle-ci, croyons-nous. Dès l'instant que les institutions contractuelles étaient reçues dans les contrats de mariage, il était inutile de lutter contre elles. La règle *Donner et Retenir ne vaut* était un criterium absolu et scrupuleusement observé de la validité des donations ; il était habile, en avouant que l'institution contractuelle conférait un titre irrévocable au donataire, de bien marquer que son

admission n'était pas de tous points contraire à cette Maxime. Mais comme on ne voulait pas étendre, en dehors des contrats de mariage, la validité des donations de biens à venir, il fallait montrer qu'en dehors de ces contrats les deux règles de la Maxime étaient complètement opposées à de telles donations. La façon malhabile, avec laquelle les anciens auteurs justifient les institutions contractuelles dans ses rapports avec la tradition de fait, montre bien qu'ils voulaient à tout prix, du moment qu'ils les admettaient, les rattacher à la Maxime.

La proscription des donations de biens à venir, dans l'ancien droit, procédait donc, avant tout, de ce que l'émolument y paraissait complètement révocable.

Ce motif est encore bon aujourd'hui pour justifier la prohibition des donations de biens à venir en dehors des contrats de mariage.

On pourrait peut-être objecter que nous sommes ici en contradiction avec ce que nous avons dit de l'émolument de la donation d'une somme payable au décès du donateur. Car nous avons soutenu que, relativement à une telle donation, le fait, par le donateur, de pouvoir diminuer ou même anéantir l'émolument, en dissipant ou en obérant son patrimoine, n'était pas contraire à l'irrévocabilité. N'en est-il pas de même ici? Mais d'abord, le donataire d'une somme d'argent payable au décès du donateur peut, dès actuellement, céder sa créance à un tiers, ce que ne peut faire l'institué contractuel, et ce qui enlève au donateur le pouvoir de détruire, au détriment du donataire, le gage d'exécution. En outre, une telle donation appauvrit, dès actuellement, le donateur, circonstance qui ne se rencontre pas dans l'institution contractuelle, ni dans la donation de biens à venir. Ce n'est pas tout, et voici un motif qui nous semble décisif. Bien que le droit de créance porte sur l'ensemble du patrimoine du donateur, comme

gage d'exécution, et que ce patrimoine, dans son ensemble et dans chacune de ses parties, soit affecté à la dette, on ne peut pas dire que l'émolument de la donation se confond avec les différentes parties de ce patrimoine, au point que celles-ci soient, pour ainsi dire, la substance de cet émolument. En diminuant le gage d'exécution, le donateur ne porte pas forcément atteinte à l'émolument. Il n'y aura vraiment atteinte qu'au moment où le passif excédera l'actif. De ce moment seulement, le donateur revient sur sa libéralité ; et encore n'y revient-il pas définitivement, puisque l'on ne peut pas dire que le gage se trouve à jamais réduit à une consistance fixe, car les biens que le donateur pourra acquérir plus tard, par son activité et son industrie, font partie virtuellement, au moins, de ce gage, et assurent l'exécution de la libéralité. Et, au surplus, si l'on suppose que le patrimoine du donateur, se trouvant réduit au strict nécessaire pour satisfaire à ses obligations, celui-ci contracte de nouvelles dettes, elles peuvent être immédiatement supprimées par le donataire, qui intentera l'action Paulienne, s'il se trouve dans les conditions d'une telle action. Enfin, la faillite ou la déconfiture du donateur le priveront du bénéfice du terme. Il est vrai que, dans ce cas, le mal est fait, mais si l'émolument est ainsi diminué, le donataire devra s'en prendre à soi-même : il n'a pas assez surveillé ses intérêts. La possibilité qu'il avait de faire rentrer dans le patrimoine du donateur le bien qui en était sorti par suite d'aliénation, ou de faire annuler l'obligation nouvelle, consentie par celui-ci, lui fournissait, en effet, le moyen de neutraliser la volonté que pouvait avoir le donateur de soustraire le gage d'exécution. On ne peut donc pas dire que le donateur reste complètement le maître de toucher à l'émolument.

Il en est tout autrement de la puissance que conserve l'instituant sur l'émolument, dans la donation de biens

à venir ; si cette donation est *universelle*, il est certain que la moindre atteinte portée par le donateur à la consistance de son patrimoine réfléchit sur l'émolument ; car ici, l'émolument accapare en quelque sorte le patrimoine tout entier du donateur, avec la valeur duquel il se confond ; or, ces atteintes par des aliénations ou des obligations à titre onéreux étant loïsibles au donateur, il faut bien avouer qu'il peut révoquer. La qualification d'entre-vifs, donnée par le Code civil aux donations de biens à venir, ne doit donc pas nous tromper. Elle n'est exacte qu'en ce qui concerne l'investiture du titre d'héritier conféré à l'institué par le disposant ; elle ne l'est pas, quant à l'émolument, qui reste révocable. Si le Code civil a appliqué la dénomination d'entre-vifs à ce genre de donations, c'est que, ne reconnaissant que deux genres de dispositions à titre gratuit, quant au fond et quant à la forme, il a dû faire rentrer cette sorte de libéralité dans l'une ou l'autre des deux catégories ; et ce qui a déterminé, sans doute, le législateur à la qualifier entre-vifs, c'est, d'une part, qu'elle est un contrat, c'est aussi qu'elle investit, dès actuellement, le donataire du titre irrévocable d'héritier : « *Il faut distinguer le Titre de l'Emolument* », a dit Jaubert dans son rapport au Tribunat sur les institutions contractuelles.

Les institutions contractuelles sont donc contraires à la règle d'irrévocabilité. Elles le sont aussi au principe de la prohibition des pactes sur successions futures. De là leur exclusion, comme règle. La seule faveur du mariage a pu incliner les rédacteurs de notre Code, à faire fléchir à son occasion, la rigueur de ces deux principes. Ils ont agi sagement, car les donations facilitent les mariages et l'exception apportée aux principes, dans les institutions contractuelles faites en contrat de mariage, a pour effet de favoriser et de multiplier ces sortes de libéralités.

SECTION II

Des Conditions dans les Donations entre-vifs

(Art. 944., C. c. et 16 de l'ordonnance de 1731)

« Toute donation entre-vifs, faite sous des conditions dont l'exécution dépend de *la seule volonté* du donateur sera *nulle* ». Tel est le prescrit de l'article 944.

Si l'on va au fond des choses, cet article contient le principe *fondamental*; il est la formule même de l'irrévocabilité. Les autres articles qui le précèdent (943), ou qui le suivent (945-946), ne renferment que des applications de ce principe. L'article 944 pose le principe quant au *Titre* et quant à l'*Emolument*; les articles 943 et 945 en font l'application spéciale à l'*Émolument*; l'article 946 l'applique au *Titre* et à l'*Emolument*.

Que l'article 944 pose le principe, cela ressort avec évidence de la comparaison de notre Code avec les dispositions de l'ordonnance de 1731, qui, après avoir successivement proscrit les donations de biens à venir (art. 15), les donations faites à condition de payer les dettes et charges de la succession du donateur ou d'autres charges ou dettes que celles existant lors du contrat, résume dans une disposition générale, l'idée qui lui a dicté ces dispositions, en disant : « Que cette disposition sera observée généralement à l'égard de toutes donations, dont l'exécution *dépend de la seule volonté du donateur*. » (Art. 16). Sans doute, l'ordre

admis par le Code civil, dans la série des articles 943 à 946, n'est pas aussi logique que celui de l'ordonnance, mais il est impossible de ne pas voir l'évidente filiation qui relie l'article 944 à cette disposition de l'article 16 de l'ordonnance. Les termes y sont, en effet, les mêmes dans les deux articles,

Toutes conditions quelconques peuvent affecter les donations entre-vifs, pourvu qu'elles soient *licites* et *possibles*, pourvu aussi qu'elles soient conformes à l'article 944. Quelles sont donc les conditions qu'il proscriit ? Ce qui est proscriit par l'article 944, c'est la condition dont l'exécution dépend *de la seule volonté du donateur*. De vives controverses ont eu lieu sur le sens exact de ces termes, spécialement en ce qui concerne les *conditions mixtes*. Nous croyons pouvoir tirer un utile secours, pour l'interprétation de ces mots, des paroles que prononça Bigot-Préameneu au Tribunat : « De là, que c'est *donner et retenir*, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer *librement* de la chose donnée ». Ces paroles révèlent la pensée du législateur. Ce qui est prohibé par l'article 944, c'est la *libre faculté* pour le donateur de porter atteinte à la donation ; toutes les fois que les conditions insérées dans le contrat lui permettront de disposer librement de la chose donnée, toutes les fois qu'elles lui mettront dans les mains le sort de la donation, qui sera ainsi soumise, quant à son *existence* ou à son *maintien*, à sa libre discrétion, la donation sera nulle. Et ce n'est pas seulement la liberté absolue, illimitée, qu'aucun obstacle de fait et né du hasard ne viendrait contrebalancer, qui est ainsi proscriite. C'est aussi, on le reconnaît dans toutes les opinions, même *la simple condition potestative*, bien que, dans ce cas, la liberté du donateur soit en partie combattue par l'intervention possible du hasard. C'est, qu'en effet, cette liberté du donateur, quoique diminuée, est encore trop prépondé-

rante et subordonne, en définitive, la destinée de la donation à la volonté du donateur.

Nous pouvons donc, dès maintenant, poser en principe, que ce qu'il faut, avant tout considérer, pour l'interprétation de l'article 944, c'est si *oui* ou *non*, le donateur, grâce à la condition insérée, garde par devers lui le pouvoir de diriger le sort de sa libéralité, bien plutôt que de rechercher si une tierce volonté (*condition mixte*) doit coopérer avec celle du donateur, pour la réalisation de la condition. Ainsi toutes les fois qu'il apparaîtra que le donateur conserve, en somme, la *libre* faculté de reprendre ce qu'il a donné, il faudra annuler la donation comme contraire à l'irrévocabilité, sans tenir compte de la qualification *légale* de la condition insérée. En disant que la donation sera nulle si elle est soumise à une condition dépendant de la *seule* volonté du donateur, l'article 944, s'inspirant du passage de Bigot Prémameneu, a voulu proscrire non seulement les conditions dites *potestatives simples*, mais encore les conditions *mixtes*, dans les cas où la seule volonté du donateur est vraiment souveraine, quant au sort de la libéralité. La pensée du législateur n'a pas été, croyons-nous, d'opposer aux conditions *mixtes*, où la condition dépend de deux volontés, la condition *potestative* qui ne dépend que de celle du donateur, et de valider toujours la donation contenant une condition mixte. L'antithèse posée par l'article 944 n'existe pas, à notre avis, entre les donations contenant des conditions *potestatives* et celles qui sont subordonnées à des conditions *mixtes*. L'antithèse existe, suivant nous, entre les donations qui renferment une condition, dans laquelle la seule volonté du donateur a une influence telle qu'elle peut, à *elle seule*, *librement* peser sur la destinée de la libéralité, et celles, d'autre part, qui renferment une condition, dans laquelle la volonté du donateur n'a pas cette puissance.

Et ceci est tout autre chose, car nous verrons plus loin que la condition mixte, dépendant de deux volontés, va cependant pouvoir parfois vicier la donation.

Voilà, pour nous, le critérium en cette matière. Ce système n'a d'ailleurs d'intérêt, hâtons-nous de le dire, et ne peut engendrer de différences avec les systèmes généralement admis sur l'effet des conditions dans les donations, qu'en ce qui concerne l'influence des conditions *mixtes* sur les libéralités. Toutes les fois, en effet, qu'il s'agira d'une condition *purement* ou *simplement potestative* de la part du donateur, si d'ailleurs la disposition où elle se trouve insérée est vraiment une libéralité, c'est-à-dire n'a d'autre cause que l'intention généreuse du donateur, si en d'autres termes rien dans le contrat, ne manifeste que le donateur n'est amené à la disposition dont il s'agit que par la volonté d'affermir, par une obligation nouvelle, un engagement antérieur, si, en un mot, la prétendue libéralité n'est pas une simple *clause pénale* subordonnée au manquement du donateur à un engagement préalable, il est certain que la condition potestative pure ou simple de la part du donateur, lui laisse une part d'influence trop considérable, une liberté trop grande pour pouvoir compâtrer avec les exigences de l'irrévocabilité.

Nous ne disons pas, comme M. Bayle Mouillard (sur Grenier, T. 1, n° 11, note a) que, pour apprécier si une condition est potestative, il faudra quelquefois la mettre en rapport avec la valeur de la donation, et nous ne serons pas amenés, comme lui, à valider une donation ainsi conçue : « *Je vous donne 1,000 que vous me rendrez dans le cas où j'irai à Bourbon* ». Nous ne nous arrêtons pas à rechercher la facilité plus ou moins grande avec laquelle la condition peut être accomplie par le donateur, pour savoir si une condition potestative simple doit faire annuler la donation qui la contient. Pour nous, la condition, *même* simplement potestative,

laisse dans tous les cas, à la volonté du donateur, une trop grande part d'influence, pour qu'elle ne soit pas nécessairement contraire à la règle d'irrévocabilité. Et pour ne prendre que l'exemple même que cite cet auteur, il n'est pas si difficile d'aller à Bourbon, que le donateur ne soit pas en définitive le maître de faire ce voyage, et, par conséquent, de révoquer la donation.

Quant à l'autre exemple que propose M. Bayle-Mouillard, comme antithèse au premier, il est parfaitement certain qu'une telle convention est nulle comme donation. Elle ne pourrait valoir que comme clause pénale, accessoire à une obligation préalable du donateur, de ne pas aller à Saint-Cloud. C'est de la même façon que nous interpréterions la promesse d'égalité insérée par un père dans une donation qu'il fait à l'un de ses enfants. M. Bayle-Mouillard dit qu'il est facile de rendre valables, par une légère modification dans la nature et la rédaction de l'acte, certaines donations nulles comme subordonnées à une condition potestative. Et il propose cet exemple : « J'ai deux filles ; je veux entre elles, au moins pendant ma vie, maintenir l'égalité la plus scrupuleuse. Je donne 10,000 fr. à l'aînée, en ajoutant que je lui en donne 10,000 autres, si je porte à 20,000 la dot de sa sœur. La partie conditionnelle de cette donation est nulle, ajoute M. Bayle-Mouillard, car il dépend uniquement de ma volonté de la rendre sans effet, en ne donnant que 10,000 fr. à ma seconde fille ». M. Bayle-Mouillard dit que le but sera atteint, si je m'engage envers ma fille aînée à ne pas donner à sa sœur plus de 10,000 fr., sans lui donner pareille somme à titre de dédommagement. Sans doute, la convention est valable, mais pas comme donation ; il n'y a plus ici qu'une clause pénale, fondée sur la contravention par le père à son obligation de ne pas faire, et nous entrons, dès lors, dans le domaine des contrats à titre onéreux, où la théorie des conditions est tout autre qu'en matière de donations.

Le Code civil divise les conditions en quatre classes.

1^{re} La condition *casuelle* (art. 1169); 2^o la condition *simplement potestative* (art. 1170); 3^o la condition *mixte* (art. 1170); et 4^o la condition *purement potestative* (art. 1170).

Recherchons, pour chacune d'elles, si elle est ou non compatible avec la règle d'irrévocabilité, et soumettons les au critérium que nous avons posé.

1^o CONDITION CASUELLE. — Cette condition dépendant uniquement du hasard, est certainement permise par l'article 944. Ces conditions avaient été, après une assez longue discussion, acceptées dans l'ancien droit (Ricard, n^o 1038 et suiv., Ferrière, sur l'article 274. Paris, n^{os} 4 et suiv.). Nous avons montré dans la première partie, que ces conditions, grâce à la nécessité de la tradition, n'étaient pas admises alors aussi largement que de nos jours. C'est ainsi que la condition de survie du donataire n'était pas admise par l'ancien droit, et une donation subordonnée à cette condition était considérée comme donation à *cause de mort*. Il en est tout autrement aujourd'hui, et la condition dont ils s'agit ne vicie nullement la donation qui la renferme. D'une part, en effet, elle n'est pas révocable à la *seule* volonté du donateur, puisqu'elle ne dépend que du hasard. Si dans l'ancien droit elle était considérée comme révocable, cela tenait à ce que la tradition réfléchissait sur l'irrévocabilité, dont elle était considérée comme la base et qu'elle rendait plus stricte, de sorte que la tradition faisant défaut, l'irrévocabilité ne pouvait être. D'un autre côté, cette condition ne fait nullement obstacle au dessaisissement *actuel* dans le sens de 894. Il y a, en effet, dessaisissement actuel, dès que le donateur ne peut plus, par le fait même de la donation, revenir en tout ou en partie sur les droits qu'il a conférés au dona-

taire. L'ancien droit ne pouvait admettre que la condition *résolutoire* du *prédéces* du *donataire*; car alors la tradition étant possible, l'irrévocabilité possédait sa base et la donation, si elle était résolue, ne l'était que par l'événement d'un fait indépendant de la volonté du donateur. Pour des raisons analogues, les donations faites par un malade sous la condition qu'elles n'auraient d'effet que s'il succombait à sa maladie, ou que les biens donnés lui feraient retour dans le cas où il recouvrerait la santé, sont valables aujourd'hui. De telles donations, outre qu'elles emportent dessaisissement actuel, ne seraient pas *caduques* par le précés du donataire et ne pourraient pas, en conséquence, être réputées à cause de mort. L'on sait, en effet, que le caractère propre des donations à cause de mort, est qu'elles restent sans effet si le donataire précède au donateur. Dans l'ancien droit, au contraire, la seconde condition, qui est résolutoire, pouvait seule être insérée dans une donation.

2° CONDITION SIMPLEMENT POTESTATIVE. — L'article 1170 la définit : « Celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un *événement* qu'il est au *pouvoir* de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher ». Une telle condition, qu'elle soit suspensive ou résolutoire, est admise en général dans les contrats et obligations conventionnelles. Il ne saurait en être de même dans les donations. L'on objecte, il est vrai, que l'article 1174 annule toute convention, quel que soit son caractère, qu'elle soit à titre onéreux ou gratuit, qui contient une condition potestative, et l'on prétend que l'article 944 n'est que le droit commun de l'article 1174 appliqué aux donations. Le résultat de cette théorie est qu'il n'y a aucune distinction à faire entre les contrats ordinaires et les donations (Bauby, Revue pratique du 1^{er} fév.

1862, T. XIII, p. 6 et suiv., et pages 10, 11, Duranton, T. VII, n° 374. Taulier, T. IV, p. 7). Ainsi, d'après cette théorie, l'article 1170 définit la condition potestative et les articles 944 et 1174 l'excluent également pour la donation et pour les contrats onéreux. La condition ainsi exclue n'est pas seulement la condition *si voluero*, mais encore toutes conditions qui empêchent le lien de se former, parce qu'elles dépendent uniquement de la volonté de celui qui s'oblige. Il faudra donc, en fait et dans chaque espèce, rechercher si la condition insérée au contrat ne présente pas cette subordination absolue à la volonté de l'obligé. En somme, les auteurs de cette opinion ont, sur le rôle des conditions, une théorie unique qu'ils appliquent à tout contrat, onéreux ou gratuit. Que cette théorie soit juridique dans son application aux contrats onéreux, nous n'y contredisons pas ; il nous paraît, en effet, raisonnable de soutenir qu'il est nécessaire de rechercher, dans le cas d'un contrat onéreux, et pour une condition potestative donnée, si les éventualités qui peuvent naître du hasard et venir s'opposer à la volonté de l'obligé sont assez fortes, pour soustraire efficacement le lien de l'obligation à la maîtrise absolue de cette volonté ; et, s'il est reconnu, en fait, que ces obstacles du hasard étaient vraiment négligeables, que le lien d'obligation dépendait en conséquence de la *seule* volonté de l'obligé, nous comprenons que la convention soit annulée. Mais il en doit être tout autrement, croyons-nous, en matière de donation. Là, et à cause même de la rigueur de la règle d'irrévocabilité, toute condition, même *simplement potestative* est immédiatement *présumée* par la loi, dépendre dans une trop large part, de la volonté du donateur. C'est à *priori* que la loi déclare une telle condition inacceptable dans les donations, parce qu'elle considère que le hasard y joue un rôle trop restreint et qu'en définitive elle laisse

au donateur un moyen de reprendre son don, incompatible avec la règle sévère d'irrévocabilité dans les donations, laquelle, mal gré qu'en aient les auteurs du système adverse, est restée dans notre législation, avec le caractère spécial que lui a imprimé l'ancien droit. En matière de donation donc, nous rejeterons cet examen en fait de la part plus ou moins grande de la volonté du donateur, et il suffira que la condition soit *simplement potestative*, pour que nous annulions la donation qui la contient. Ce n'est pas au juge du fait qu'il appartient ici de faire le départ entre l'influence de la volonté du donateur et celle du hasard, puisque la loi l'a fait une fois pour toutes dans l'article 944.

Nous ne pouvons non plus admettre le système de M. Bayle Mouillard, qui fait de l'intérêt qu'a le donateur à accomplir ou non une condition *simplement potestative*, la mesure de la validité de la donation qui la contient. Cet intérêt est trop variable, suivant les différents cas, et il y aurait, en fait, trop de difficultés à apprécier la valeur exacte de cet intérêt du donateur, qui rendra la condition suffisamment potestative de sa part, pour entraîner l'annulation de la donation qui la contient. Nous ne croyons pas que la loi ait admis une ligne de séparation aussi flottante. Dans une matière aussi sévèrement réglementée que l'est celle des donations, dans notre droit, la loi a dû préciser elle-même, d'une façon définitive, quelles conditions vicieraient les donations, quelles, au contraire, ne les vicieraient pas; ou, du moins, se décider d'après un criterium général. Tout ce que nous pouvons accorder au système de M. Bayle Mouillard, c'est que le législateur a pris en considération cet intérêt du donateur, dans le classement qu'il a fait des conditions qui annulent ou de celles qui n'annulent pas les donations. Or, cet intérêt du donateur, qui consiste à pouvoir reprendre ce qu'il a donné, existe le plus souvent dans le cas d'une condi-

tion potestative ; et c'est précisément à cause de cela que la loi a posé la *présomption absolue* que les conditions *simplement potestatives* seraient toujours une cause de nullité pour les donations qui les renfermeraient.

Examinons les différents arguments invoqués pour soutenir que l'article 944 n'est que l'application du droit commun aux donations.

On dit : 1^o L'article 944 ne proscriit que les conditions dont l'exécution dépend de la *seule volonté* du donateur. Or, la définition de la condition prohibée par cet article ne concorde nullement avec celle de l'article 1170, qui définit la condition potestative (*simple*) : « Celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'obligé, de faire arriver ou d'empêcher. » Donc la condition que prohibe l'article 944 n'est pas celle de l'article 1170, mais seulement, comme dans tout contrat, la condition *purement* potestative. Nous répéterons ici ce que nous disions plus haut : la condition que prohibe la loi, c'est celle qui laisse à la merci du donateur la destinée de la libéralité. Or, dès l'instant que, dans une condition (celle de l'article 1170), l'événement mis *in conditione* dépend, quant à son arrivée, de la volonté du donateur, il est bien vrai de dire que la condition, et partant la donation elle-même, dépend aussi de cette volonté ; et l'on est mal venu à soutenir que les chances incertaines du hasard suffisent à neutraliser la libre action de la volonté du donateur sur l'événement de la condition, puisque notre droit est, en matière de donation, fortement attaché, à tort ou à raison, à l'irrévocabilité rigoureuse de l'ancien droit, sous les réserves déjà faites. Que ces coups du hasard soient considérés comme susceptibles de contrebalancer, d'une manière suffisante, la volonté du débiteur dans les contrats à titre onéreux, nous le comprenons, avec d'ailleurs le

remède de l'examen de chaque cause en fait, qu'indiquent eux-mêmes nos adversaires ; mais, ce que nous nous refusons absolument à admettre, c'est qu'une telle condition puisse se concilier avec la rigoureuse conception de l'irrévocabilité des donations.

La loi aurait menti à ce principe essentiel, si elle avait admis dans les donations la condition simplement potestative. Elle ne l'a pas fait. D'une part, en effet, l'article 944 n'est que la reproduction partielle de l'article 16 de l'ordonnance de 1731 ; les termes employés y sont les mêmes. Or, comment cet article a-t-il été compris sous l'empire de l'ordonnance ? Voici ce que dit Pothier là-dessus : « De là, il suit qu'on ne peut donner, sous une condition qui dépende de la volonté du donateur, ni ses biens présents, ni quelque chose de particulier ; car cette donation pèche par le défaut d'irrévocabilité, le donateur restant le maître, *en faisant manquer la condition, d'en anéantir l'effet* (Donat. entre-vifs, sect. 2, art. 11, § 3 et introduction au Titre XV de la Coutume d'Orléans, n° 18, Ricard, 1 P. n° 1038). » Qu'est-ce à dire, sinon que le sens de cet article était pour ses contemporains, d'accord sur ce point avec les auteurs plus anciens, que la condition, *même simplement potestative*, viciait la donation. Comme, d'ailleurs, l'article 944 n'est que le successeur de l'article 16 de l'ordonnance, il faut bien en conclure que sa portée est celle même de l'ordonnance. D'autre part, l'article 947 dispose que les dispositions des articles 943 à 946 ne s'appliquent pas aux donations faites en faveur du mariage. Si, comme le prétendent nos adversaires, l'article 944 ne proscrivait que les conditions *purement* potestatives, il faudrait donc que ces conditions n'annulassent pas les donations en faveur de mariage ! Or, un tel résultat, si contraire aux principes sur la validité du consentement, manifeste avec évidence l'erreur du système. A quoi

l'on peut ajouter que l'article 1086, qui permet au donateur d'insérer dans les donations, qu'il autorise exceptionnellement en faveur du mariage, des conditions dont l'exécution dépendrait de sa *volonté*, sans dire de sa *seule volonté*, montre bien que l'intention du législateur est de permettre, dans ces donations, les conditions simplement potestatives seulement. Or, ceci est une exception. Il en faut donc conclure que, rentrant dans la règle, le législateur proscriit, sans distinction pour toutes autres donations, aussi bien la condition simplement que la condition purement potestative.

On dit, en second lieu, que cette exclusion rigoureuse de la condition simplement potestative, dans les donation entre-vifs, ne peut s'appuyer sur aucun fondement philosophique ; que s'il pouvait y avoir une distinction à faire entre les contrats à titre onéreux et ceux à titre gratuit, au point de vue de l'admission des conditions, il eût été plus rationnel de se montrer moins rigoureux pour les seconds que pour les premiers (Bauby, *Revue pratique du droit français*, 1862, t. XIII, p. 16 et suiv. et p. 10 et 11). Nous n'y contredisons pas absolument, quoique nous pensions sur ce point que le système vraiment juridique consisterait à traiter également les deux catégories de contrats. Mais là, en tout cas, n'est pas la question. Nous n'avons pas à rechercher ici quel eût été le meilleur système. Ce qui doit nous préoccuper exclusivement, c'est ce qu'a voulu le législateur. Or, sans prétendre justifier la différence que la loi établit entre les deux classes de contrats, sans suivre dans leurs essais de justification, ni ceux qui se réclament à cette fin du droit romain et invoquent la loi 167 au Digeste de *regulis juris* ; ni ceux qui, comme d'Aguesseau (Lettre 289, Paris, 1776, t. IX, n° 557), font découler du droit naturel cette irrévocabilité sévère des donations, nous sommes forcés de reconnaître que cette

différence existe, et que le législateur du Code civil s'est approprié sur l'irrévocabilité les idées rigoureuses de l'ancien droit.

3° CONDITIONS MIXTES. — L'article 1171 définit la condition *mixte*, « celle qui dépend tout à la fois de la *volonté d'une des parties contractantes* et de la *volonté d'un tiers*. » Une telle condition est-elle compatible avec la règle d'irrévocabilité? Nous ne croyons pas que la question ainsi posée soit susceptible d'une solution absolue. Nous ferons donc, dans l'étude de cette question, une distinction : 1° Conditions mixtes de la forme générale : *Si je me marie* ; 2° Conditions mixtes du type : *Si je me marie avec Lucie*.

1° Je vous donne 100 *si je me marie* ou *si je ne me marie pas*. Je vous donne 100, mais la donation sera résolue *si je me marie* ; ou je vous donne 100, mais la donation sera résolue *si je ne me marie pas*.

Partant du principe que nous avons posé, que, pour qu'une condition soit admissible dans la donation entrevifs, il faut qu'elle ne laisse pas au donateur la liberté de diminuer ou d'anéantir la libéralité, nous concluons que dans tous ces cas la condition est contraire au principe d'irrévocabilité, comme *purement potestative*, et cela, sans distinguer s'il a été ou non imparti au donateur, pour se marier ou ne pas se marier, un terme plus ou moins rapproché. C'est, qu'en effet, dans ces différents cas, le donateur, restant le maître absolu de se marier ou de ne pas se marier, il faut bien reconnaître qu'il est demeuré, par là même, en possession de la destinée de la donation. Cette solution est admise par la plupart des auteurs. Toutefois, un certain nombre (Toullier, T. 3, n^{os} 272-273 ; Bergier sur Ricard, 1 P., n^o 1038), tout en reconnaissant que la condition : *si je ne me marie pas* est, en effet, potestative, contestent que la condition : *si je me marie* soit inacceptable dans les

donations, par le motif qu'elle est mixte, puisque, pour se marier, il faut le concours de deux volontés. Nous ne croyons pas que ce motif soit suffisant pour légitimer une telle condition ; car il est certain que le donateur pouvant toujours se marier avec qui que ce soit, cette faculté indéfinie de se marier ne limite en rien la puissance de sa volonté.

2° Condition *mixte* du mode : *si je me marie* ou *si je ne me marie pas avec Lucie*.

Cette condition est-elle valable ? c'est ici le point délicat de la question.

L'opinion qui réunit le plus d'adhérents, est qu'une telle condition ne vicie pas les donations entre-vifs. Il en est tout différemment, dit-on, de cette condition, que de celle conçue en termes généraux : *si je me marie* ou *si j'embrasse tel état*. Tandis que, dans cette dernière condition, il y a une indétermination telle, que rien n'y vient combattre la volonté du donateur, qui reste souveraine sur le maintien ou l'existence même de la libéralité, il en est tout autrement dans notre hypothèse, puisque le concours de la volonté d'une tierce personne déterminée y vient limiter la puissance de la volonté du donateur. Et, dans l'exemple proposé : je vous donne 100 si je me marie avec Lucie, n'est-il pas évident, dit-on, que l'événement du mariage entre Lucie et moi, qui réalisera la condition, dépend dans une égale mesure, de chacun de nous deux ? L'on ajoute : « qu'il ne faut pas s'arrêter à cette objection possible, que la condition mixte dépend toujours de la volonté du donateur et même de sa volonté seule, en ce sens que, si cette volonté ne suffit pas pour la faire arriver, elle suffit du moins pour la faire défaillir, d'où il résulte que le donateur reste toujours le maître du sort de la donation ». (Demolombe, T. 20, n° 422). Nous croyons que cette objection a plus de valeur qu'on ne lui en reconnaît. Avant d'aborder le fond même de la question,

qu'il nous soit permis, en réponse à cette fin de non-recevoir contre l'objection prévue, de faire cette simple observation. Vous admettez avec Pothier, (1) dans le passage rapporté plus haut, que la condition, même simplement potestative : *si je vais à Paris*, annule la donation qu'elle affecte. Pour quel motif? Parce que cette condition dépend de la seule volonté du donateur, quant à son exécution, et que le donateur « *pouvant faire manquer la condition*, reste le maître d'*anéantir l'effet de la donation*. » Mais il nous semble que ce motif est la justification même de l'objection que vous repoussiez tout à l'heure. Vous n'admettez pas la condition potestative : Si je vais à Paris, par le motif qu'elle laisse au donateur le pouvoir, en la faisant manquer, d'anéantir la libéralité. Ce qui vous incline à rejeter une pareille condition, c'est donc beaucoup moins cette considération, que le donateur reste le maître, en l'accomplissant, d'assurer l'existence de la donation, que cette autre, qu'il reste aussi le maître de la *faire manquer* et par conséquent, de détruire la donation. C'est, qu'en effet, là gît toute la question; c'est, qu'en réalité, ce qu'il y a d'éminemment important, pour juger de l'admissibilité d'une condition, c'est de déterminer si oui ou non, le donateur reste le maître, en la *faisant manquer*, d'anéantir la donation qui la renferme. Et s'il en reste le maître, vous avouez vous-même que la donation pèche par défaut d'irrévocabilité. Mais alors, pourquoi abandonner ce raisonnement, dès qu'il s'agit de la condition mixte. Dans le cas de cette condition, comme dans celui de la condition : Si je vais à Paris, n'est-il pas évident que cette volonté rivale d'un tiers, à laquelle vous attribuez une importance décisive dans le sens de votre solution, n'apporte aucun obstacle à la

(1) Donat. entre-vifs, sect. 2, art. 11, § 3 et introd. au T. 15 de la Cout. d'Orléans, n° 18.

faculté, pour le donateur, de faire manquer la condition et d'anéantir par suite la donation, en ne se mariant pas. Il y a entre les deux cas, identité de motifs, la solution doit donc être aussi la même.

On présente encore, pour établir le système que nous combattons, l'argument de texte suivant (Démolombe, loc. cit.) : « Si le législateur avait voulu que la donation ne pût être faite, ni sous une condition potestative, ni même sous une condition *mixte*, mais seulement sous une condition casuelle, ce qu'il aurait dû dire, c'est qu'elle ne pourrait être faite que sous une condition qui ne dépendrait *nullement* de la volonté du donateur (art. 1169). Or, ce n'est pas là ce que dit l'article 944; et, en ne proscrivant que la condition dont l'exécution dépend de la *seule volonté* du donateur, il a fait voir clairement qu'il autorise, au contraire, la condition qui, dépendant aussi de la volonté d'un tiers, ne dépend pas évidemment de la seule volonté du donateur. » Nous répondrons d'abord qu'une condition peut dépendre de la *seule* volonté du donateur, bien que, pour son événement, elle exige le concours d'une autre volonté, en ce sens que la volonté seule du donateur pourra, en l'empêchant de se réaliser, *décider du sort* de la donation, et c'est là, croyons-nous, le point essentiel. Nous avons montré, en effet, en prenant pour exemple la condition : *si je me marie avec Lucie*, que cette seule volonté du donateur peut avoir la plénitude de son action dans une condition de la forme mixte. D'autre part, nous croyons que les auteurs du système adverse ont été victimes d'une confusion produite, dans leur esprit, par les mots de la loi : *la seule volonté* du donateur. Ils se sont attachés uniquement à ces mots et ont été ainsi amenés à croire que les conditions que répudiait la loi, c'était seulement celles dans lesquelles la volonté du donateur se trouverait seule pour faire réaliser l'événement mis

in conditione, comme dans la condition : *Si je vais à Paris*. C'est ainsi qu'ils ont perdu de vue l'autre face des conditions, c'est-à-dire le non-événement du fait mis *in conditione* qui, lors même que l'événement de ce fait dépend des deux volontés, peut lui, ne dépendre que de l'une d'entre elles et spécialement de celle du donateur. C'est pour avoir voulu suivre de trop près la classification générale des conditions par la loi, que les auteurs de ce système ont versé dans la confusion que nous signalons. C'est qu'en effet, cette division des conditions n'a rien à faire dans notre discussion : ce qui est ici le point capital, c'est de rechercher pour chaque genre de condition, si oui ou non, il permet au donateur de *librement* revenir sur sa libéralité, bien plutôt que si dans l'énoncé même de cette condition, une ou deux volontés sont mentionnées. C'est là, croyons-nous, le point de vue auquel s'est placé le législateur, pour faire le départ entre les conditions qui vicient les donations et celles qui ne les vicient pas ; et on l'a vu, la classification des conditions qui résulte de cette idée, ne concorde nullement avec celle de la loi dans les contrats en général. C'est donc aussi pour avoir voulu suivre de trop près cette classification, que les auteurs de ce système en sont venus à cet argument qui consiste à dire : que si la loi avait voulu exclure des donations *même* les conditions *mixtes*, elle aurait dit que la donation ne pouvait être faite que sous une condition qui ne dépendait *nullement* de la volonté du donateur. Cet argument ne porte pas, on le sent. La loi n'avait pas, en effet, à valider cette unique condition, puisque son principe inspirateur était uniquement que le sort de la donation ne doit pas dépendre rien que du donateur ; et la circonstance que la volonté du donateur a quelque influence sur la condition n'est pas toujours une raison déterminante de l'exclure, si cette influence

est combattue par une volonté rivale. Il pourra arriver, en effet, nous le verrons, que dans certains cas et suivant que certaines combinaisons des qualités de *suspensive* ou *résolutoire*, *positive* ou *négative*, viendront s'adapter à une condition mixte, que cette condition ne viciera pas la donation. Nous nous écartons donc aussi du système de M. Laurent (Pr. du dr. civil, T. XII, n° 409), qui tient que l'article 944 signifie que la donation est nulle, *dès qu'elle dépend en quoi que ce soit de la volonté du donateur*, ce qui exclut la condition *mixte*. Notre système est intermédiaire, et s'il n'accepte pas comme valables toutes les conditions mixtes et dans tous les cas, il ne les rejette pas non plus absolument. Il les divise en deux catégories, s'inspirant, dans ce classement du principe que nous avons posé en tête, à savoir que le donateur ne doit pas rester le seul maître du sort de la donation.

Développons notre système :

Une condition *mixte*, avons-nous dit, peut cacher une véritable condition potestative de la part du donateur. Cherchons donc à déterminer dans quels cas une condition *mixte* laissera au donateur toute liberté de diminuer ou anéantir la donation, dans quels cas, au contraire, elle ne lui procurera pas cette faculté. Nous pouvons affirmer, dès à présent, que toute condition *mixte* est à double face, en ce sens que, si le concours de deux volontés est nécessaire pour son accomplissement, la seule action d'une des deux volontés peut suffire pour en empêcher la réalisation. Nous allons énumérer quatre types de conditions *mixtes*, et sur chacun d'eux, rechercher si c'est l'accomplissement ou la défaillance de la condition qui gouverne le sort de la libéralité, et de laquelle des deux volontés dépend cet accomplissement ou cette défaillance. Nous arriverons ainsi à séparer les conditions *mixtes* qui vicient la donation

de celles qui la laissent conforme au principe d'irrévocabilité.

1° *Je vous donne 100 si je me marie avec Lucie.*

Le mariage, qui est l'accomplissement même de la condition, dépend ici des deux volontés; mais le non-mariage qui la fait défaillir, de qui dépend-il? du donateur seul, qui reste le maître de donner ou de ne pas donner.

2° *Je vous donne 100 si je ne me marie pas avec Lucie.* La condition sera accomplie et la donation existera s'il n'y a pas mariage. Cela dépend bien de la seule volonté du donateur, en ce sens que lui seul, en refusant de se marier, fera accomplir la condition; mais ici la donation existera par là même, et ce refus du donateur de se marier, qui résulte de sa seule volonté, ne fait que l'affermir. Le donateur n'a qu'un moyen d'empêcher la donation, c'est de se marier, c'est-à-dire de faire défaillir la condition. Mais ce moyen ne dépend pas de sa seule volonté, et c'est le point essentiel.

3° *Je vous donne 100; mais la donation sera résolue si je me marie avec Lucie.* Comme dans le cas précédent, le donateur est libre de ne pas se marier, et, par conséquent, de faire défaillir la condition de la résolution; rien de mieux, car la donation demeurera et il ne faut pas dire que la donation est nulle parce que le donateur a un moyen dépendant de lui seul de la maintenir. Ce qui est, en effet, défendu, c'est qu'il ait un moyen dépendant de lui seul de l'empêcher d'exister ou de la détruire. Comme plus haut, le donateur n'a qu'un moyen de revenir sur la donation; mais ce moyen ne dépend pas de lui seul, puisque c'est son mariage avec Lucie.

4° *Je vous donne 100; mais la donation sera résolue si je ne me marie pas avec Lucie.* Ici l'événement qui doit donner ouverture à la résolution, c'est le non-ma-

riage; or, ce moyen dépend de la seule volonté du donateur. Si le donateur se marie, la donation subsistera. Ce qui ici fera subsister la donation, c'est l'accord des deux volontés, de même que dans le premier cas.

Dans le premier cas, le sort de la donation, malgré la forme de la condition qui est *mixte*, dépend de la *seule* volonté du donateur. Il en est de même dans le quatrième cas. Dans ces deux cas, c'est au fond une véritable condition potestative qui compète au donateur, soit pour empêcher la donation de naître, soit pour la détruire, une fois née. La forme mixte de la condition ne doit pas nous masquer ce pouvoir, sur la donation, retenu par le donateur, et c'est pour cela qu'il faut, à notre avis, annuler ces donations, comme contraires à l'irrévocabilité. Cette solution ne semble pas douteuse pour le cas n° 4, car l'événement mis *in conditione*, c'est le non-mariage, et cet événement, le donateur en est le maître absolu : la condition est bien *potestative*. Pourquoi en serait-il autrement du cas n° 1? Parce que l'événement prévu et mis *in conditione*, c'est le mariage, et que le mariage exige le concours de deux volontés? Cela est possible, mais n'empêche nullement le plein pouvoir du donateur sur la défaillance de la condition, et, partant, sur la donation elle-même. Dans ces deux cas, nous voyons bien que l'accord des deux volontés est nécessaire, soit pour la perfection certaine et définitive de la donation, soit pour le maintien de la donation existante; mais ce n'est pas assez, car une volonté toute seule, celle du donateur, pourra ou empêcher la donation de se parfaire (1^{er} cas) ou la révoquer (4^e cas).

Dans les 2^e et 3^e cas, la formation définitive de la donation ou sa résolution dépendent de la double volonté du donateur et d'un tiers, car l'événement du mariage, qui est l'œuvre commune de leurs volontés,

fait défaillir la condition de la donation (2^e cas), ou fait accomplir la condition de sa résolution (3^e cas). Le donateur a bien prise, dans les deux cas, sur la perfection ou la révocation de la donation ; mais il n'est pas le seul maître de ces résultats ; il lui faut, pour les atteindre, le concours de la volonté de la tierce personne.

Dans le second cas, comme ce qui est prévu et mis *in conditione*, c'est la non-arrivée d'un fait, le mariage, qui, pour son accomplissement positif, exige le concours de deux volontés, mais qui, pour son non-événement, dépend seulement de la volonté d'un seul, et par exemple, de celle du donateur, on pourrait croire que la donation est soumise à une condition potestative de la part du donateur et par conséquent nulle. Cette conclusion serait fausse, car, d'une part, la donation est soumise à une vraie condition *mixte*, puisque, pour l'empêcher, il faut le mariage et par conséquent le concours de deux volontés ; et d'autre part, l'accomplissement de la condition, dans ce qu'elle a de *potestatif*, ne fait qu'affermir la donation, puisque, si elle s'accomplit par le non-mariage, la donation devient définitive. Dans le troisième cas, la condition de la résolution est bien *mixte* et résulte de la volonté des deux parties, donc elle n'est pas exclue en principe ; il est bien vrai que la défaillance de la condition qui résulte du non-mariage, dépend de la seule volonté du donateur, mais comme cette défaillance de la condition a pour effet définitif le maintien de la libéralité, ce caractère potestatif de la condition ne vicie pas la donation.

Dans le premier et le quatrième cas donc, la condition, bien qu'ayant la forme d'une condition *mixte*, ne l'est pas en réalité. Ce qui, dans ces deux cas, n'est pas potestatif de la part du donateur, mais dépend, au contraire, des volontés combinées du donateur et d'un tiers, c'est la perfection de la donation (1^{er} cas), ou son

maintien (4^e cas). De sorte que dans ces deux cas, la volonté du donateur est souveraine, ou pour empêcher la donation de se former, ou pour la révoquer une fois formée. Le donateur a, dans ces deux cas, un pouvoir direct et décisif sur l'existence de la donation ; il peut l'empêcher d'acquiescer sa perfection ou la révoquer. Or, c'est là ce que la loi prohibe. Il n'a besoin de la volonté du tiers que pour affermir la donation ; mais seul, il peut la détruire. Le caractère potestatif l'emporte, et la donation doit être annulée.

Il n'en est plus de même dans les deuxième et troisième cas. C'est ici l'inverse. Si le donateur peut, seul, affermir la donation en ne se mariant pas, il a besoin du concours de son futur par la détruire ; et c'est pourquoi ces conditions n'annulent pas les donations.

De tout ce qui précède, il résulte qu'une condition *mixte* insérée dans une donation, n'aura pas toujours le même effet, quant à la validité de la donation qui la renferme. Tantôt elle l'annulera et tantôt elle la laissera vivre. Comment distinguer ces deux cas ? Ce qui est défendu par le principe d'irrévocabilité, c'est que le donateur se réserve, par une clause, un moyen *potestatif* d'empêcher la donation de se former définitivement ou de la révoquer. Une condition *mixte* est une condition dans laquelle le fait, dont l'événement la fait réaliser, dépend à la fois de la volonté du donateur et de celle d'un tiers ; et nous venons de voir qu'une telle condition peut cacher parfois, une condition potestative de la part du donateur, tandis que, d'autres fois, elle lui permet seulement de consolider la donation. La condition *vraiment mixte* au point de vue de son admission dans les libéralités entre-vifs, qu'elle ait pour but d'empêcher la donation ou de la détruire, est seulement celle qui ne permet ce résultat que grâce au concours de la double volonté du donateur et d'un

tiers. Ce qu'il faudra donc apprécier, dans chaque cas, c'est, si derrière la forme *mixte* de la condition, ne se dissimule pas un véritable droit pour le donateur, d'atteindre tout seul la donation, si la part d'influence laissée en la puissance du donateur, sur la destinée de la donation, n'est pas prépondérante et décisive, si, en un mot, le fait de l'événement duquel dépend la donation, n'est pas à la libre volonté du donateur.

Ainsi donc, et en résumé, pour que la condition *mixte* soit permise dans les donations, il ne suffit pas que le fait mis *in conditione* dépende de la volonté des deux parties ; il faut, de plus, que ce fait régitte et régitte seul la formation ou la résolution de la libéralité. Car alors il est certain que la donation dépend, quant à son existence ou son maintien, d'une double volonté. C'est ce qui a lieu dans les cas n^{os} 2 et 3. Si, au contraire, le non-événement du fait mis *in conditione* dépend de la seule volonté du donateur, et que ce non-événement du fait porte atteinte à la donation, la condition est contraire au principe de l'irrévocabilité, alors même que l'arrivée de ce fait dépendrait du concours de deux volontés (n^{os} 1 et 4).

SECTION III

*Donations à charge par le donataire de payer les dettes du
donateur (art. 945)*

Il n'est pas indispensable, pour qu'un contrat conserve le caractère de libéralité, qu'il en résulte *seulement* un bénéfice gratuit au profit du donataire, sans aucune charge ni aucune obligation à son

encontre. Certaines charges ou conditions peuvent lui être imposées en retour, pourvu toutefois que ces conditions ou charges n'absorbent pas la valeur intégrale ou une partie trop considérable de la valeur de la libéralité. Le donateur peut donc soumettre son donataire à certaines obligations, à l'acquittement de certaines de ses dettes, par exemple, et, dans ce cas, la *chose donnée*, c'est la valeur du droit transporté au donataire, sous la déduction de la valeur que doit communiquer au donateur l'exécution de l'obligation imposée au donataire. Sous ce rapport, des questions de fait pourront se soulever et il sera nécessaire, dans chaque espèce, de rechercher si une donation avec charge constitue vraiment une libéralité ou, au contraire, un contrat onéreux et commutatif; il faudra, pour qu'un contrat soit considéré comme donation, que le bénéfice gratuit, qui reste entre les mains du donataire après la prestation de ses charges, ait encore une valeur d'une certaine importance.

Parmi les charges qui peuvent être imposées au donataire se trouve celle de payer les dettes du donateur. L'article 945 fixe les conditions d'une telle clause. Il édicte des dispositions protectrices de la valeur de l'*Emolument*; c'est, en effet, le plus souvent l'émolument qui se trouverait réduit ou même anéanti dans les mains du donataire, par le fait du donateur, si celui-ci conservait la faculté *indéfinie* de contracter des dettes que devrait ensuite acquitter le donataire. Cet article étant une émanation de la règle *Donner et Relenir ne vaut*, nous aurons recours, pour son interprétation, au critérium que nous avons posé : à savoir que le donateur ne doit pas, par la clause expresse ou tacite de la mise de ses dettes, à la charge du donataire, se réserver le droit de réduire ou d'anéantir, à son gré, l'émolument de la donation. Nous agiterons plus loin la question de savoir dans quels cas le donataire

est tenu en tout ou partie des dettes du donateur. Ce que nous pouvons seulement énoncer en ce lieu, sauf à l'établir ensuite, c'est que le donataire *n'est jamais, comme tel*, tenu des dettes du donateur, et que cette obligation ne peut résulter pour lui que d'une convention expresse ou tacite. Pour le moment, supposons donc, comme le fait lui-même l'article 945, que par une clause spéciale, le donataire s'est engagé à acquitter tout ou partie des dettes du donateur. Cet article contient deux dispositions. La première est simple : il en résulte que le donateur peut imposer au donataire l'obligation de payer *toutes ses dettes présentes*. Mais la seconde est assez obscure et peut donner lieu à deux interprétations. Elle peut signifier : 1° Que le donateur pourra, au lieu d'imposer au donataire l'obligation de payer toutes ses dettes présentes, l'obliger seulement à payer certaines d'entre elles, déterminées et énumérées dans l'acte même de donation ou dans l'état spécial y annexé. Elle peut signifier : 2° Que le donataire pourrait être chargé par le donateur de payer, parmi les dettes que celui-ci pourrait contracter par la suite celles qui seraient énumérées d'une façon précise par l'acte de donation ou l'état y annexé, et ce, à la condition que le donateur ne soit pas, en réalité, le seul maître de les contracter. Notre sentiment est que ces deux interprétations ressortent du texte de l'article 945 et qu'il convient de les cumuler. La première partie de l'article s'occupe exclusivement des dettes *présentes* du donateur, qu'il permet de mettre toutes à la charge du donataire, sans exiger, comme condition, la confection d'un état. Puis, passant aux dettes *futures* du donateur qu'on ne peut, sans danger d'infraction à la règle d'irrévocabilité, lui permettre d'imposer sans condition au donataire, il limite cette obligation à celles qui seront énumérées dans un état. Revenant enfin aux dettes présentes dont il a permis, dans la première

disposition, de mettre l'ensemble à la charge du donataire, il arrive, par une naturelle association d'idées entre cette première disposition et l'état dont il vient de s'occuper, à cette conclusion : que si une partie seulement des dettes présentes du donateur ont été énumérées dans un état, cette spécialisation aura pour effet de ne mettre à la charge du donataire que celles qui y sont indiquées. Cette conclusion est d'autant plus rationnelle que, nous le verrons, l'obligation de payer les dettes du donateur n'incombe pas de plein droit au donataire, et ne peut résulter que d'une convention expresse ou tacite. Or, l'existence de l'état manifeste clairement l'intention commune des parties de limiter l'obligation du donataire aux seules dettes qui y sont comprises. C'est ainsi que la seconde partie de l'article 945 réagit sur la première, qu'elle complète.

L'article 945 permet donc, dans sa première partie, de mettre à la charge du donataire, toutes les dettes présentes et actuelles du donateur, et cela sans la formalité de l'Etat. Cette solution est certainement conforme au principe de l'irrévocabilité, puisque ces dettes existant, d'ores et déjà, au moment de la donation, le donateur n'a sur leur montant aucune action. Toutefois, il faut bien s'entendre ici, et comprendre cette proposition *secundum subjectam materiam*. Or, ici, l'émolument courrait grand risque d'être anéanti, si, par cela même que le donataire a accepté de payer les dettes présentes du donateur, il devait désintéresser tous créanciers de celui-ci, se présentant avec des titres qu'ils prétendraient antérieurs à la donation. De cette façon, en effet, le donateur aurait conventionnellement retenu par devers lui, un moyen facile d'anéantir les effets de la donation, en antichrésant des actes de créance, en réalité postérieures à la donation. S'il s'agissait d'un successeur particulier à titre onéreux, qui se serait, par contrat, engagé à payer les dettes présentes de son

auteur, nous pensons que, s'étant mis volontairement aux lieu et place de celui-ci, relativement à ses obligations, et lui ayant en quelque sorte succédé sous ce rapport, toute dette de son auteur pourrait être poursuivie contre lui, bien qu'elle soit simplement constatée par un acte *même privé* et *n'ayant pas date certaine* antérieure à la libéralité, au sens de l'article 1328. C'est qu'en effet, le successeur particulier à titre onéreux, ne serait pas un tiers, suivant l'esprit de cet article; et comme entre les parties contractantes ou leurs héritiers, nous pensons que l'acte sous-seing privé, ferait foi de sa date contre lui, jusqu'à la preuve contraire dont l'administration devrait être mise à sa charge. Il en est bien autrement dans le cas d'une donation, grâce à l'intervention de la règle d'irrévocabilité; et nous croyons que le donataire, qui s'est obligé au paiement des dettes présentes du donateur, devra être considéré comme un tiers, sous le rapport des actes qui les constatent. Seules, pourront donc lui être opposées, les dettes présentes qui seront reconnues dans des actes ayant la date certaine exigée par l'article 1328, ou dont il aurait eu connaissance au moment de la donation.

Cette solution nous semble découler naturellement de la notion même d'irrévocabilité, bien qu'elle ne soit pas contenue dans les termes mêmes de l'article 945 qui d'ailleurs ne s'y opposent nullement. Cette faculté, pour le donateur, de créer frauduleusement sous l'étiquette de dettes présentes, des dettes au préjudice du donataire, constitue entre ses mains, il est vrai, un de ces moyens de fait qui résultent nécessairement de la nature des choses, et que nous avons déclaré ne pas vicier les libéralités, dans notre étude générale sur la portée de la règle d'irrévocabilité. Mais ce moyen est une fraude à la loi et on ne peut, sans mettre l'article 945 en contradiction avec le principe d'irrévocabilité

dont il découle, répudier la solution protectrice que nous défendons.

Quant aux dettes futures du donateur, il ne suffira pas qu'elles soient constatées et énumérées, il faudra en outre, qu'elles soient fixées quant à leur montant dans un *état détaillé* ; sinon, le donateur resterait le maître de dissiper complètement l'*émolument* de la donation. Il faut, qu'au moment même de la libéralité, le donataire puisse, par une soustraction facile, se rendre compte du bénéfice précis que va lui procurer la donation. Ce bénéfice, ainsi déterminé, doit dès lors, échapper aux atteintes du donateur, il constitue vraiment la *chose donnée*.

Recherchons, maintenant, dans quel cas le donataire est tenu des dettes et obligations du donateur. Le principe est, croyons-nous, celui-ci. Le donataire n'est jamais, de *plein droit* et en cette *seule qualité*, personnellement tenu des dettes personnelles de son auteur. Il ne l'est, qu'autant qu'il s'est obligé à les acquitter, par une clause formelle ou implicite de la donation. Ce principe n'est pas contesté, en ce qui touche la donation de biens individuellement déterminés. Le donateur, n'étant alors qu'un simple successeur à titre particulier, ne peut être tenu, sans convention, que des obligations de son auteur, nées de contrats, dont l'effet serait de restreindre ou modifier le droit transmis et cela en vertu de la règle : *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse haberet*. Mais il ne peut être tenu, sans engagement de sa part, des obligations de son auteur même relatives à l'objet du don, si ces obligations n'affectent cet objet même.

Ce principe de l'immunité du donataire, quant aux dettes du donateur, est vivement contesté quand il s'agit de l'appliquer aux donations de l'*universalité* ou d'une partie *aliquote* des biens présents du donateur (Pothier, Donat. entre-vifs, sect. III, art. 152.

Merlin, Rép. V^o Tiers détenteur, n^o 8. Vazeille, sur l'art. 945, n^o 1). Nous croyons que, même dans ce cas, le donataire n'est pas, en cette seule qualité, tenu des dettes personnelles du donateur, parce qu'il n'est encore ici qu'un successeur à titre particulier. Pour admettre, en effet, que le donateur fût tenu de plein droit de ces dettes, il faudrait qu'on pût le considérer comme un successeur à titre *universel*, auquel est dévolu l'*ensemble* du patrimoine du donateur. Mais cette dévolution du patrimoine entier d'une personne pendant sa vie est une chose impossible, le patrimoine étant, ce temps durant, inaliénable et ne pouvant se concevoir séparé de la personne à qui il appartient et dont il est une émanation directe. Le patrimoine d'une personne, ce n'est pas, en effet, seulement ce qu'elle possède actuellement ; c'est aussi ce qu'elle possèdera plus tard, les biens qui sont en puissance dans son activité et ses travaux. Un tel ensemble ne peut se transmettre qu'à la mort de la personne physique pour se rattacher alors à une autre personnalité juridique. Le patrimoine est en outre, par sa nature, une chose purement *intellectuelle* et *indivisible* ; il ne faut pas confondre avec lui les objets matériels, qui, en qualité de biens, entrent dans sa constitution. C'est pour cela que, lorsqu'une personne donne la totalité des biens qu'elle possède actuellement, elle ne se désinvestit pas, par là même, de son patrimoine et ne le transmet pas ; elle ne transmet que des objets individuels ; et c'est pour cette raison encore que l'on ne peut appliquer à une telle transmission la maxime : *Bona intelliguntur cujusque quæ deducto ære alieno, supersunt* (L. 3. D. De V. S. 50-16). Ainsi, la transmission active d'une partie quelconque des biens d'une personne vivante n'entraîne pas avec elle un passif correspondant : ce passif reste là où est le patrimoine et doit être acquitté par la personne à laquelle se réfère ce patrimoine.

Il pourrait se faire néanmoins qu'il fût reconnu en fait, et par interprétation de l'acte de donation, que la commune intention des parties a été que le donateur de l'ensemble actuel de tous ses biens pût prélever, avant de faire la délivrance, une somme suffisante pour acquitter ses dettes actuelles. Cette proposition, en parfait accord, d'ailleurs, avec le principe que la convention seule peut imputer la charge des dettes du donateur sur les biens donnés ou l'imposer personnellement au donataire, est loin, d'autre part, d'être contradictoire avec ce que nous venons de dire de l'intransmissibilité du patrimoine avant la mort. D'un côté, en effet, ce n'est pas le patrimoine qui est ainsi transmis, mais seulement un ensemble de biens sous la déduction des dettes ; et, de plus, cette déduction est le résultat de la volonté commune des parties et n'a pas lieu de plein droit. D'autre côté, la masse des dettes ne suit pas ici, à vrai dire, la masse des biens donnés, entre les mains du donataire à qui en incomberait la charge ; bien au contraire, en effet, elle réduit les biens transmis dont le reste passe sans aucune charge au donataire. Le résultat de cette convention est seulement de diminuer le bénéfice de la donation, mais c'est tout ; il n'engage pas le donataire sur ses *propres biens*. Il faudrait, pour que le donataire fût personnellement tenu des dettes, que cette obligation résultât de la convention, et, dans ce cas, le donataire n'aurait plus, comme dans le cas précédent, à souffrir seulement de la réduction du bénéfice de la donation ; il pourrait même arriver que les dettes qu'il a faites siennes, absorbassent intégralement l'émolument de la donation et même l'excédassent, auquel cas, il n'en serait pas moins tenu sur ses biens. Nous verrons, en effet, que le donataire qui s'oblige à payer les dettes du donateur, s'oblige personnellement et ne jouit pas de ce que l'on pourrait appeler, par analogie, un bénéfice d'inventaire ou d'émolument.

Il y a ici une confusion à éviter entre deux questions distinctes, que peut faire naître l'exécution d'une donation. L'une est de savoir ce qu'a entendu donner le donateur, de déterminer, en d'autres termes, la chose donnée; elle est relative à l'obligation du donateur de faire la délivrance; l'autre est de savoir quelles obligations incombent au donataire en vertu de la donation. Or, ces deux questions sont bien distinctes et complètement indépendantes. Qu'a donné exactement le donateur, est-ce l'ensemble de ses biens sans la déduction des dettes, est-ce, au contraire, ces mêmes biens diminués du montant des dettes? C'est la question de l'étendue de la donation, de la détermination exacte de la chose donnée. Elle se résoudra par l'interprétation du contrat; mais l'on comprend facilement qu'elle n'a rien de commun avec l'autre question, celle de savoir ce à quoi est personnellement obligé le donataire, et qui dépend, elle aussi, de l'ensemble de l'acte et des circonstances dans lesquelles il a été consenti. Ces deux questions se présenteront même rarement ensemble sur une même donation de biens présents; car, ou bien le donateur, ainsi qu'il résultera du fait et des circonstances de la cause, aura donné tous ses biens ou une partie seulement sous la déduction des dettes, ou bien il les aura donnés à la charge par le donataire qui s'y sera obligé, de payer ses dettes présentes. Nous avons indiqué les conséquences différentes de chacune de ces conventions. C'est pour n'avoir pas distingué ces deux questions que nombre d'auteurs et d'arrêts, ayant d'ailleurs perdu de vue l'influence déterminante de la convention relativement à la charge des dettes, ont été, sur la question de l'effet d'une donation de tout ou partie des biens présents, quant aux obligations qui en naissent à l'encontre du donataire, entraînés à décider d'une façon générale, qu'une telle donation emporte nécessairement l'obligation, pour le donataire, d'ac-

quitter toutes les dettes présentes du donateur. Comme la convention est dans cette question de l'imputation et de la charges des dettes la seule raison déterminante, il faut en conclure que le donateur, après avoir livré l'ensemble de ses biens présents sans déduction des dettes, ne serait plus recevable à prétendre qu'elles devaient être imputées sur l'actif ou supportées par le donataire.

De même, et pour les mêmes motifs, le donateur ne serait pas écouté, en général, si l'acte de donation contenant une liste détaillée des objets donnés, il prétendait en déduire la valeur des dettes, avant la délivrance; il ne le serait pas davantage si, ayant donné tous ses meubles ou tous ses immeubles en bloc, ou bien une quote-part de ses meubles ou de ses immeubles sans énumération, il prétendait qu'il a le droit d'imputer des dettes actuelles sur la chose donnée; c'est, qu'en effet, les articles 1010 et 1012, qui sont spéciaux aux legs, ne sauraient s'appliquer aux donataires qui, nous l'avons vu, ne sont jamais que des successeurs à titre particulier. La présomption que le donateur prétendrait tirer de la volonté des parties, pour soutenir que les termes : *tous mes meubles, tous mes immeubles*, doivent s'entendre comme l'expression : *tous mes biens*, de la chose donnée sous la déduction des dettes, ne serait pas admissible. Si la donation de tous mes biens présents qui me dépouille de tout mon actif actuel, peut facilement s'entendre en ce sens que mon passif s'imputera sur les biens donnés, il n'en saurait être de même de la donation de tous mes meubles ou tous mes immeubles, qui laisse en mes mains un actif avec lequel je pourrai désintéresser en partie, au moins, mes créanciers (V. Aubry et Rau, p. 706).

Une dernière question se présente : A supposer qu'il résulte de la commune intention des parties formellement exprimée ou facilement suppléée par l'interpréta-

tion du contrat, que le donataire se soit personnellement obligé au paiement des dettes présentes du donateur, quelle sera l'étendue de son obligation et sur quels biens pourra-t-elle être exécutée? Deux systèmes sont ici en présence.

Dans le premier, on dit que le donataire n'est tenu qu'à raison des biens dont il recueille l'émolument, *ob rem*, de sorte que les dettes ne pourront pas être poursuivies sur ses biens personnels et ne pourront être payées que sur les choses données, et jusqu'à concurrence seulement de l'émolument qu'elles procurent au donataire. Ce système, admis par les auteurs qui enseignent que le donataire de tous biens présents est, dans tous les cas, tenu de plein droit au paiement des dettes actuelles du donateur, est logique avec l'idée d'où il part. Si, en effet, le donataire doit toujours supporter le fardeau des dettes, ce ne peut être qu'à raison du bénéfice qu'il tire de la donation, et jusqu'à concurrence de son montant. Mais nous, qui ne mettons les dettes à la charge du donataire qu'autant que l'interprétation du contrat nous révèle que telle a été l'intention des parties, nous ne pouvons admettre ce système d'une manière générale. Ou bien, en effet, rien dans le contrat ne manifeste cette intention, et le donataire prend l'actif sans déduction du passif, ou bien il résulte du contrat que le donataire doit supporter le poids des dettes, et, dans ce cas, une nouvelle alternative se présente. Le donataire *n'est pas personnellement* obligé au paiement des dettes, mais ne doit recevoir l'actif que diminué du passif, ou bien il s'est obligé *personnellement* au paiement des dettes. Dans le premier cas, il n'est tenu que *ob rem*; dans le second, il est tenu *personnellement, même au delà de l'émolument* qu'il recueille, et même sur ses biens *personnels*. Cela ressort manifestement, suivant nous, de ce que, s'étant soumis personnellement au paiement de dettes qu'il a faites siennes, il

s'est mis dans le cas de l'article 2092. Nous assimilons sous le rapport du gage d'exécution de l'obligation, mais sous ce rapport seulement et non quant à l'étendue de l'obligation, le donataire à la femme qui *a accepté* la communauté. Elle aussi est tenue, jusqu'à concurrence de son émolument sur ses biens personnels. Cette assimilation est la seule juridique. Le rapprochement que l'on tenterait de faire entre la situation du donataire et celle de l'héritier bénéficiaire, nous paraît complètement inexact, puisque précisément en usant du bénéfice d'inventaire, l'héritier a protesté contre l'effet naturel de son titre, qui est de l'obliger personnellement aux dettes du défunt. Que si l'on objectait que la donation est un acte de bienfaisance et ne peut, à cause de son caractère même, constituer le donataire en perte, nous répondrions que, dans le cas qui nous occupe, elle participe, à cause, précisément, des charges imposées au donataire, de la nature des conventions synallagmatiques. Or, le principe est, dans de telles conventions, que les deux parties sont également liées et se doivent, au même degré, à la pleine et entière exécution de leur engagement. Il faudrait, pour infirmer cet argument, qu'il se trouvât quelque part dans la loi une disposition, annulant pour l'excédant des charges sur l'émolument, l'obligation contractée par le donataire, ou la présomption que le donateur n'a pas voulu grever le donataire au delà de l'émolument. Or, nous ne croyons pas que notre droit ait nulle part consacré de semblables conséquences. Ce qu'il y a lieu seulement d'admettre, c'est que le juge puisse, de la constatation des volontés, déduire la commune intention des parties de ne grever le donataire que jusqu'à concurrence des biens donnés. Le donataire se trouverait, en ce cas, dans la même situation que la femme qui a accepté la communauté. Obligé personnellement et sur ses propres biens, il ne pourrait être poursuivi que jusqu'à concurrence de l'émolument de la donation.

SECTION IV

De la réserve par le donateur de la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés (art. 946).

L'article 946 est encore une application de la règle d'irrévocabilité. Si, en effet, le donateur se réserve la faculté que prohibe cet article, il est certain qu'il donne et retient, quant à cet objet déterminé, ou jusqu'à concurrence de cette somme; la donation serait, en effet, quant au bien sur lequel porterait la réserve, faite sous une condition résolutoire dépendant de la volonté seule du donateur, au sens de l'article 944. La loi décide donc que la donation n'existe pas quant au bien retenu, et, comme conséquence, déclare que les héritiers du donateur seront propriétaires dudit effet ou pourront répéter la somme indiquée contre le donataire, et cela *nonobstant* toutes clauses ou stipulations *contraires*. Si le donateur s'était réservé la faculté de disposer d'une somme indéterminée, ce ne serait plus la réduction de la donation, mais bien sa nullité complète qu'il faudrait prononcer.

Les termes mêmes de l'article 946 limitent sa portée, et la réserve dont il s'agit ne réduirait pas d'autant la donation, si elle dépendait elle-même d'une condition indépendante de la volonté du donateur. Dans ce cas, l'effet ou la somme fixe appartiendrait définitivement au donataire ou à ses héritiers, en cas que la condition

vienne à défaillir. C'est ainsi qu'il faudrait, en général, valider pour le tout la donation de biens présents faite, avec la réserve pour le donateur, de la faculté d'assurer sur ces biens une pension viagère à son épouse. La résolution de la donation, en effet, ne serait pas, dans ce cas, uniquement soumise à la volonté du donateur; elle dépendrait également de la volonté de son épouse et de la survie de l'épouse au donateur. Les héritiers du donateur ne pourraient dans cette hypothèse arguer de la réserve de cette faculté, pour soutenir contre le donataire, que cette réserve doit leur appartenir, à défaut de disposition par le donateur.

CHAPITRE III

Des Donations soumises à l'Irrévocabilité

Hors le cas de donations faites en faveur du mariage ou consenties entre époux pendant le mariage, les principes du dessaisissement actuel et irrévocable s'appliquent à toute transmission entre-vifs à titre gratuit, à tout contrat dans lequel la seule *cause juridique* de l'engagement de l'une des parties consiste dans l'esprit de libéralité, détaché de tout motif intéressé, immédiat. Ainsi donc, l'exécution volontaire d'une *obligation naturelle* ne constitue pas une libéralité. De même, des obligations contractées ou des paiements effectués dans le but de donner satisfaction à un sentiment de *conscience*, d'*équité*, de *délicatesse* ou d'*honneur*, ne sont pas nécessairement des actes de pure libéralité, auxquels doivent s'appliquer la règle d'irrévocabilité. Il faudrait, pour que de tels paiements ou de tels engagements constituassent de véritables libéralités, qu'on ne pût pas leur assigner d'autre mobile que celui d'*enrichir* le créancier ou l'*accipiens*. Or, dans bien des cas, et notamment toutes les fois que la partie qui s'oblige ou fait une prestation ne fait qu'obéir à l'un des sentiments énoncés, qui l'empêche de conserver un avantage même légitimement

acquis au détriment d'autrui, ou qui l'incite à réparer un dommage qui ne lui serait pas imputable à faute, s'il n'existe pas, à vrai dire, à sa charge une véritable obligation naturelle, il n'en est pas moins vrai que cette partie, obéissant bien plutôt au désir de rétablir l'équité violée qu'à celui d'enrichir l'*accipiens*, ne fait pas une véritable libéralité. C'est ainsi qu'une personne, partie à un contrat synallagmatique, qui se serait obligée à réparer, par une indemnité, le préjudice causé à l'autre partie par une lésion n'ouvrant pas à celle-ci l'action en rescision, ne ferait pas une donation au sens strict du mot, à laquelle dût s'appliquer la règle d'irrévocabilité. Et seuls seront soumis à cette règle les engagements ou paiements auxquels il est impossible d'assigner pour mobile, même ce simple désir de rétablir l'équité troublée. Ainsi donc, entre les obligations naturelles et ce dernier genre d'engagements, il existe toute une classe d'actes, pour lesquels l'existence d'une cause intéressée, suffisante en droit, est absolument exclusive de la cause juridique des donations, à savoir l'esprit de libéralité qui doit être pur de tout mélange. Et remarquons que l'article 1235 qui, pour le cas spécial du paiement d'une obligation naturelle, reconnaît une cause suffisante à ce paiement, ne laisse pas même entendre qu'à défaut d'une obligation naturelle, le paiement soit fait dans tous les cas sans cause, et puisse toujours donner ouverture à la répétition de l'indû.

DES DONATIONS RÉMUNÉRATOIRES. — On appelle ainsi les donations faites en récompense de services rendus par le donataire au donateur. Une telle donation n'emporte pas nécessairement l'application du principe de l'irrévocabilité. A ce sujet, il y a lieu de distinguer suivant que le service dont il s'agit *est*, ou *non*, *appréciable en argent*.

Dans le premier cas, il convient de décider que la disposition ne constitue pas une libéralité, si d'ailleurs elle n'est que la juste représentation du service rendu ; le principe d'irrévocabilité ne s'y appliquera donc pas.

Dans le second cas, comme on ne peut pas dire que le donataire a éprouvé une perte dans ses biens à l'occasion du service par lui rendu, la seule cause assignable à la donation rémunératoire est l'esprit de libéralité du donateur, et la donation devra remplir, quant à la forme et quant au fond, les conditions de la loi.

Rentrent toujours, au contraire, dans les termes mêmes de la proposition que nous avons émise en tête de ce chapitre, les *donations mutuelles*, les *donations déguisées* sous la forme d'un contrat à titre onéreux, les avantages résultant pour un tiers d'une *stipulation* pour autrui, et les *dons manuels*.

Les *dons manuels* et la donation résultant d'une *stipulation pour autrui* appellent des développements spéciaux.

1° DONS MANUELS. — On appelle ainsi toute remise faite, par une personne à une autre, de *meubles corporels*, avec l'intention de s'en dépouiller actuellement et irrévocablement. Il résulte de cette définition, que de telles libéralités ne constituent pas un *contrat*, mais doivent plutôt être considérées comme des *libéralités consommées*. Aucun acte écrit n'est ici nécessaire, comme solennité, et c'est la seule tradition qui leur donne la vie. L'article 931, en disant que « tous actes portant donation, doivent être passés devant notaires », ne dit pas, en effet, que toutes donations quelconques seront constatées dans un acte notarié. Lorsqu'une tradition d'effets mobiliers corporels aura été faite, sans équivalent de la part de l'*accipiens* ou sans obligation corrélative de sa part, il en résultera

une indication très suffisante de l'intention généreuse du *cedens*. Toutefois, on le conçoit, l'existence de cet esprit de libéralité est une condition indispensable de toute donation, et, s'il est permis de le déduire de la tradition qui réalise la transmission des objets mobiliers, quand aucun acte écrit ne vient y contredire, cet esprit de libéralité ne saurait cependant résister à l'administration d'une preuve contraire. D'une part, en effet, l'intention libérale ne se présume pas, et d'autre part, la détention du soi-disant donataire, peut tirer son origine d'un dépôt. Ce qui distingue, à défaut d'un acte écrit, le dépôt d'un don manuel, c'est uniquement l'intention dans laquelle a été faite la remise de l'objet par le *tradens* (art. 1919). Une confusion est donc possible sur la cause de la transmission, dont l'apparence est la même dans les deux cas. La détermination seule de l'intention qui a présidé à la tradition peut lever le doute. Voilà pourquoi le *tradens* même et ses héritiers pourront réclamer la restitution de l'objet mobilier livré à l'*accipiens*, en prouvant qu'il ne le détient qu'à titre de dépôt ou même de mandat. La tradition effectuée n'aura d'autre effet, en définitive, que de mettre à la charge du *tradens* ou de ses héritiers, la preuve de l'origine de la détention de l'*accipiens*. Cette preuve sera fournie d'après les principes généraux sur les preuves.

Le don manuel, disons-nous, doit être considéré comme une libéralité exécutée par la tradition seule, non comme une convention. Or, une telle tradition, isolée de toute convention, est par sa nature absolument définitive et irrévocable ; elle ne ménage, au *tradens*, aucun moyen quelconque de recouvrer, par un acte de sa volonté, la chose ainsi transmise. Et si l'article 931 ne fait pas obstacle aux dons manuels, c'est qu'il ne soumet à l'acte notarié, que des actes *portant* donation. Mais cet article reprendrait son empire, si la tradition

dont il s'agit, était accompagnée d'une convention modifiant l'effet définitif et irrévocable qui y est attaché. On ne pourrait plus, en effet, dire dans ce cas, qu'il s'agit d'un don manuel ; la convention annexe devrait être constatée par un acte notarié, et les objets remis, détaillés dans un état. C'est ainsi que la réserve, par le donateur malade, de la faculté de reprendre, dans le cas de son retour à la santé, les objets mobiliers remis par lui à son domestique, serait destructive de la libéralité en qualité de don manuel, et d'autre part, ne pourrait être considérée comme une donation valable, puisqu'il y manquerait les conditions de forme des articles 931 et suivants. Il résulte de cette observation que le don manuel est en quelque sorte plus rigoureusement irrévocable que la donation constatée par un acte notarié, et cela tient à ce que cette espèce de libéralité ne supporte, en tant que telle, aucune clause conventionnelle.

Le donateur peut charger un tiers de remettre au donataire, les objets d'un don manuel. Dans ce cas, le don manuel n'existe vraiment, avec la qualité d'irrévocable, que du moment de la remise, par le mandataire, de l'effet mobilier au donataire. Jusque là, en effet, le mandant est demeuré maître de révoquer le mandat, et par conséquent la libéralité. Le don manuel ne vaudrait pas, si le donateur avait chargé le mandataire de n'en faire la remise au donataire, qu'après le décès du donateur ; celui-ci aurait en effet par là, manifesté l'intention de conserver la liberté de révoquer le mandat, et par là, le don manuel. C'est toujours par application de ce même principe d'irrévocabilité, que nous annulerions le don manuel d'effets mobiliers, dans le cas où le donateur aurait chargé le dépositaire de ces objets, de les remettre, après sa mort, à un tiers déterminé. Les articles 1937 et 1939 (alinéa 1) nous semblent être inspirés par le désir d'empêcher toute fraude à la règle d'irrévocabilité.

Il n'y aurait pas non plus don manuel, si une personne ayant chargé un tiers de remettre tels et tels objets à une autre personne désignée, le mandataire n'avait exécuté le mandat qu'après la mort du mandant. Mais cette décision ne découle plus ici, comme dans les cas précédents, de l'exigence de l'irrévocabilité dans les donations. Les principes de solution ne sont autres, dans cette hypothèse, que ceux qui régissent les contrats en général, et spécialement le mandat. En effet, tout contrat doit être accepté et consenti du vivant des deux parties, et alors même qu'on prétendrait que le mandataire a agi, en recevant les objets mobiliers contenus dans le don manuel, en qualité de *negotiorum gestor* du tiers gratifié, il nous paraît complètement impossible d'attribuer à la ratification rétroactive de cette gestion d'affaires par ce tiers, le même effet qu'à une acceptation de ce dernier, pendant la vie du mandant. En effet, la condition essentielle du concours des deux volontés exigé pour la formation du contrat, ne peut se réaliser que pendant le temps de l'existence commune des deux parties : *Prius est esse quam operari*. De plus, le mandat finit par la mort du mandant, et le mandataire se trouverait alors sans qualité pour opérer la remise dont il était chargé. Le tiers bénéficiaire n'aurait aucune action pour réclamer la remise des objets compris dans le mandat, puisque son titre de donataire n'existe pas, et par la même raison, si la remise des objets avait été effectuée par le mandataire, il ne pourrait pas opposer à l'action en restitution des héritiers du mandant, la maxime : *En fait de meubles, possession vaut titre*, puisque c'est précisément sur le fondement de la nullité ou de l'inexistence de son titre de donataire, en vertu duquel il est entré en possession, qu'est intentée par les héritiers du mandant cette action en restitution. Il est donc tenu d'une obligation personnelle de restituer, en vertu d'un quasi-délit, puisque c'est sans droit qu'il possède.

STIPULATION POUR AUTRUI. — La stipulation pour autrui peut constituer une véritable libéralité de la part du stipulant au profit du tiers appelé au bénéfice de cette disposition. Une telle stipulation ne saurait être soumise à d'autres formes que celles du contrat auquel elle se trouve jointe. C'est ainsi, notamment, que l'acceptation du tiers bénéficiaire échappe au prescrit de l'article 932, et que cette acceptation peut être tacite, et n'a pas besoin d'être notifiée.

Mais une telle stipulation, dans le cas où elle constitue une libéralité de la part du stipulant au profit du tiers, est nécessairement soumise au principe de l'irrévocabilité. Il en résulte que de tels avantages devraient être annulés par application de ce principe, s'il ressortait de la convention qui les contient, la preuve que le stipulant a réservé un moyen quelconque de les diminuer ou de les anéantir, ou même qu'il a interdit au tiers bénéficiaire de les accepter *avant son décès, à lui, stipulant*. Nous croyons pouvoir affirmer cette dernière conséquence; car il nous paraît incontestable que cette clause prohibitive de l'acceptation pendant la vie du stipulant, est absolument exclusive du dessaisissement actuel et irrévocable. Toutefois, entendons-nous bien : nous ne prétendons pas que l'acceptation du tiers bénéficiaire ne pourra pas valablement intervenir après le décès du donateur; c'est là une question que nous examinerons plus loin et qui laisse entière notre proposition. Ce que nous disons en ce moment, c'est que la clause par laquelle le stipulant défend au bénéficiaire de la stipulation d'en accepter le profit avant la mort du stipulant, est éminemment contraire au principe d'irrévocabilité; et cette proposition est absolument distincte de celle de savoir si l'acceptation peut être postérieure à ce décès. En un mot, s'il est nécessaire, au point de vue des règles de fond qui régissent les donations entre-vifs, que le stipulant n'apporte à

l'acceptation pendant sa vie, aucun obstacle auquel répugne la règle d'irrévocabilité, il n'en suit nullement que cette acceptation, pour être valable, doive nécessairement être faite pendant la vie du stipulant. Nous croyons, au contraire, qu'elle peut utilement se manifester après son décès et tant que l'avantage n'a pas été révoqué (1121) soit par le donateur, soit par ses héritiers.

Reprenons notre question. L'avantage qui résulte de la stipulation pour le tiers bénéficiaire est une offre de donation faite par le stipulant à ce tiers, et s'il est rationnel que cette offre puisse être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il nous paraît complètement impossible qu'elle puisse être telle, qu'elle porte en soi une faculté de révoquer pour le stipulant, et lui ménage ainsi un moyen de revenir sur la donation une fois parfaite par l'acceptation. C'est, qu'en effet, la donation parfaite n'est que l'offre dûment acceptée, et si cette offre cache en elle un vice de révocabilité, ce vice infectera nécessairement la donation en laquelle elle se transformera. L'offre, sans doute, reste révocable tant qu'elle n'a pas été acceptée, mais la qualité d'irrévocabilité est aussi essentielle, au contenu de cette offre, qu'à la donation en laquelle elle doit se transformer. Or, la clause dont il s'agit montre surabondamment que le stipulant n'a pas entendu se dépouiller actuellement et irrévocablement au regard du tiers bénéficiaire. Nous verrons tout à l'heure que l'avantage, provenant pour le tiers de la stipulation pour autrui, constitue une charge imposée au promettant; il ne faut pas que, relativement au bénéfice qui doit résulter pour le tiers de son exécution, cette charge dépende uniquement de la volonté du donateur.

Voici une espèce qui éclairera notre pensée. La Cour de Cassation (Ch. Civ.) y a statué par arrêt du 2 mars 1884 (Dalloz, I. 275). Dans le courant du mois

d'août 1862, le sieur Chénier avait reçu du sieur Auguste Novers, oncle de sa femme, une somme de 10,000 francs, avec faculté de l'employer pour son commerce, mais sous l'obligation d'en payer au sieur Novers les intérêts au taux de 5 pour cent par an et de la lui restituer, en tout ou par fractions, au fur et à mesure qu'il le lui demanderait. Quant à la somme qui n'aurait pas été ainsi remboursée au sieur Novers au moment de son décès, Chénier s'était engagé à la remettre aux enfants des dames Gallichet et Supersac, ses belles-sœurs, à chacun pour un quart, à leur majorité. Novers décéda le 25 novembre 1868, sans avoir fait aucun prélèvement pour lui sur ladite somme.

La dame Louise Gallichet, femme Rollet, devenue majeure, demanda à Chénier le paiement de sa part dans les 10,000 francs. Le sieur Supersac intenta la même demande au nom de ses enfants, encore mineurs. Chénier opposa à ces demandes que l'avantage, résultant pour les enfants Supersac et Gallichet de l'acte de 1862, constituait une libéralité et que cette libéralité était nulle, tant parce qu'elle n'avait pas été acceptée du vivant du sieur Novers, que parce que celui-ci s'était réservé de disposer, à son gré, de la somme en question jusqu'au moment de son décès.

Le second moyen de Chénier nous semble péremptoire ; il est certain, en effet, que la libéralité adressée aux enfants Gallichet et Supersac par le sieur Novers était contraire à l'article 946.

Quant au premier moyen, nous ne croyons pas qu'il vaille ; ce n'est pas parce que la donation avait été acceptée en fait avant le décès du donateur qu'elle était nulle, mais bien parce que, ainsi qu'il ressort des faits exposés, les tiers bénéficiaires ne devaient pouvoir accepter, par suite de la clause de l'acte, qu'après ce décès et se contenter, du reste, de la somme non employée. On peut sans doute nous objecter ici qu'il

n'y a pas identité entre ce cas, dans lequel les bénéficiaires ne peuvent accepter qu'au décès du donateur, le restant de la somme non employée, et celui où le donateur a simplement interdit aux bénéficiaires d'accepter avant sa mort ; que, dans l'espèce, ce qui seulement vicie la donation, c'est la faculté réservée par le stipulant de disposer de la somme donnée, et non pas la clause prohibitive de l'acceptation avant son décès ; que, si donc cette clause existait seule, elle ne pourrait vicier la donation. A quoi l'on pourrait ajouter que l'article 1121 porte que la stipulation pour autrui peut être révoquée jusqu'à ce que le tiers l'ait acceptée. Nous croyons l'objection sans portée. Nous pensons, en effet, avoir démontré que la simple défense faite par le stipulant, aux tiers bénéficiaires, d'accepter avant son décès, est, par elle-même, complètement destructive de l'irrévocabilité, puisque, se réservant de révoquer pendant tout le cours de sa vie, on ne peut pas dire qu'il se soit vraiment dessaisi actuellement et irrévocablement. Or, si l'article 1121 dispense des formes extrinsèques des donations, les libéralités contenues dans les conventions qu'il vise, il ne saurait porter nulle atteinte aux règles de fond, requises comme conditions de l'existence des libéralités. Enfin, l'article 1121, en disant que la stipulation pour autrui pourra être révoquée par le stipulant jusqu'à l'acceptation, ne fait qu'exprimer un principe de droit commun. Il est clair, en effet, qu'une offre peut être retirée tant qu'elle n'est pas acceptée ; et c'est là ce que dispose l'article 1121, s'il n'a pas d'ailleurs une portée plus grande en ce qui concerne la faculté pour les héritiers du bénéficiaire d'accepter avant la révocation de la stipulation, ce que nous examinerons plus loin ; mais cet article ne va pas jusqu'à dire que l'offre peut être telle en soi, que transformée par l'acceptation en libéralité, elle puisse dépendre de la seule volonté du stipulant. La règle

d'irrévocabilité conserve toujours ses droits quand il s'agit de donations.

Le Tribunal civil de la Seine, devant qui fut portée l'instance introduite par les consorts Gallichet-Supersac, décida que la stipulation dont il s'agit était valable : 1° par le motif que la stipulation pouvait être acceptée après la mort du stipulant, ce à quoi nous ne contredisons pas ; 2° par cet autre motif que, toute clause étant licite, qui fait d'une faculté légale une condition obligatoire d'une convention, le stipulant avait valablement imposé aux tiers bénéficiaires de n'accepter son offre qu'après son décès ; et qu'en conséquence, à la différence de la donation directe, la stipulation pour autrui n'exige pas le dessaisissement irrévocable du stipulant pendant sa vie ; que l'article 946 était étranger à l'espèce soumise à son appréciation. Sur l'appel des époux Chenier la Cour de Paris confirma le jugement des premiers juges.

Nous ne pouvons adopter la solution admise par ces deux juridictions, pour les raisons déjà exposées. Nous ne pouvons davantage nous en assimiler les motifs. De ce qu'en effet, l'acceptation peut intervenir utilement après le décès du stipulant, on ne saurait rationnellement conclure que le stipulant lui-même peut, au mépris de l'irrévocabilité, la rejeter jusqu'à son décès. Nous sentons bien que cette acceptation tardive des bénéficiaires, n'est pas conforme aux règles prescrites pour l'acceptation en matière de donation ; nous sentons également que cette acceptation tardive pourra, en fait, détruire tout dessaisissement actuel et irrévocable du stipulant. Mais la tardiveté de l'acceptation est le fait des bénéficiaires. De plus, il s'agit ici de formes extrinsèques de la donation et voilà pourquoi une telle acceptation ne vicie pas la libéralité contenue dans la stipulation pour autrui. Mais dès qu'on touche au fond des donations, nous soutenons que la règle d'irrévocabilité

doit conserver tout son empire et toute sa rigueur à l'égard des stipulations pour autrui. Or, ce serait évidemment contrevenir à cette règle, que de permettre au stipulant de rejeter, jusqu'après son décès, l'acceptation des bénéficiaires. Voilà pourquoi si l'acceptation tardive, mais volontairement tardive, des bénéficiaires, n'annule pas la stipulation, l'acceptation tardive imposée par le stipulant, l'annule. Voilà pourquoi cette faculté légale d'acceptation après le décès du donateur n'est plus licite, quand une clause fixe, en quelque sorte, un *dies a quo* pour cette acceptation. En d'autres termes, les motifs sur lesquels les deux jugements précités fondent leur solution, reviennent à ceci que la forme doit emporter le fond ; et cela nous paraît inadmissible dans notre question.

C'est l'opinion qu'a admise la Cour de cassation qui, par arrêt du 2 mars 1884 (Dalloz I. 275), a cassé l'arrêt de la Cour de Paris.

Occupons-nous maintenant de la question de savoir si le tiers bénéficiaire peut valablement accepter l'avantage de la stipulation pour autrui, après la mort du stipulant, quand d'ailleurs aucune clause ne le force à attendre jusqu'à cette époque.

Sur ce point, l'ancienne jurisprudence avait été divisée.

Dans une première opinion, le droit résultant d'une stipulation pour autrui au profit du tiers bénéficiaire était *immédiatement irrévocable*, dès le moment de la convention qui la contenait. On partait de cette idée que l'avantage stipulé pour autrui, autant du moins que cette stipulation était comprise dans une donation entre-vifs, constituait une deuxième donation *fidéicommissaire*, créant au profit du tiers un droit actuel, qui devait participer du caractère de la donation et par conséquent être aussi irrévocable qu'elle-même. L'acceptation, par le premier donataire, de la donation avec

la charge du bénéfice de la stipulation, à laquelle il se soumettait en faveur d'autrui, emportait en quelque sorte, acceptation au nom d'autrui. Ce système semble se rattacher à ce qui se passait en droit romain, dans le cas d'une donation *sub modo*, quand d'ailleurs le *modus* avait été imposé au donataire en faveur d'un tiers. On sait, en effet, que ce tiers, étant réputé avoir fait lui-même à son profit la stipulation du *modus*, était investi d'une action *ex stipulatu utilis*, pour se faire communiquer son émolument.

Ce système est peu soutenable. Le donataire a bien pu se soumettre à la charge imposée comme condition de la libéralité dont il bénéficie, mais il est difficile de comprendre comment, en acceptant pour un tiers, non partie à l'acte, il a pu créer au profit de ce tiers un droit acquis et irrévocable. D'ailleurs, il ne s'applique qu'au cas d'une donation.

Dans la deuxième opinion, plus conforme au principe que les conventions ne peuvent produire d'effet définitif à l'encontre ou au profit de tiers qui n'y sont pas parties, on décidait que l'engagement de faire parvenir au tiers bénéficiaire le profit de la libéralité, étant né du seul concours de sa volonté avec celle du stipulant, pouvait aussi se délier par leur mutuel dissentiment, avant l'acceptation du tiers. Mais cette possibilité de détruire l'œuvre commune des deux volontés cessant avec la vie du stipulant, le droit résultant de la stipulation devait, dans cette opinion, devenir irrévocable au profit du bénéficiaire et bien qu'il n'eût pas encore accepté. Cette conséquence du système nous semble peu rationnelle : on comprend difficilement, en effet, que les héritiers du stipulant ne puissent pas eux-mêmes revenir sur la stipulation, avant l'acceptation du tiers. Il est de règle, en effet, que les droits et actions relatifs au patrimoine d'une personne passent à ses héritiers. D'autre part, n'est-il pas

étrange aussi qu'un droit se trouve irrévocablement acquis au tiers, avant toute acceptation de sa part; ou plutôt qu'une offre devienne irrévocable avant d'être acceptée; il n'y a d'irrévocable que les conventions formées. Ce qu'il y avait de commun dans les deux systèmes de l'ancien droit, c'est que l'irrévocabilité de la charge était complètement indépendante de l'acceptation du tiers. La volonté de celui-ci et celle du stipulant ne se rencontraient jamais.

Le Code civil, lui, a fait dépendre l'irrévocabilité, non pas de la convention qui renferme la stipulation pour autrui, comme dans le premier système, non pas non plus de la mort du stipulant, mais ce qui est beaucoup plus juridique, de l'acceptation du tiers bénéficiaire. Il a fait dépendre cette irrévocabilité de la volonté du tiers. Mais faut-il en conclure qu'il a exigé le concours de cette volonté avec celle du stipulant. En d'autres termes, l'acceptation doit-elle, pour être valable, intervenir pendant la vie du stipulant; peut-elle, au contraire, se manifester utilement après sa mort? Un arrêt de Bordeaux du 2 juillet 1827 (Dalloz, 1828, 2-8), décide que l'acceptation ne peut opérer qu'autant qu'elle rencontre la volonté du stipulant, c'est-à-dire pendant seulement la vie de ce dernier: et Marcadé, sur l'article 1121, écrit: « Cette stipulation constitue vraiment dans les rapports du stipulant et du tiers une donation, laquelle ne peut se parfaire que par le concours des volontés du donateur et du donataire. Tant que ce dernier n'accepte pas, il n'y a de la part du stipulant qu'une offre ou pollicitation qu'il est toujours libre de retirer, et, puisque c'est le concours des deux volontés qui seul peut faire naître le droit, c'est une conséquence évidente que si la mort, soit du stipulant, soit du tiers, arrivait avant l'acceptation de celui-ci, la réunion des deux volontés n'étant plus possible, le tiers ou ses héritiers ne pourraient plus profiter de l'offre; la donation

ne serait pas accomplie ». Nous ne pouvons nous rallier à ce système. Sans doute, le principe de droit commun est que la rencontre des deux volontés, de celui qui offre et de celui à qui s'adresse l'offre, peut seule former le lien de droit qui s'oppose à la reprise de l'offre. Sans doute aussi, il est de principe qu'une offre ne peut valablement être acceptée après la mort de celui qui l'a faite. Mais nous ne pensons pas que ce principe régie les stipulations pour autrui, et nous suivons ici la doctrine de MM. Duranton et Aubry et Rau. S'il s'agissait d'une offre faite en considération d'un contrat à conclure, Marcadé aurait raison, et l'auteur de l'offre mort, l'offre elle-même n'existerait plus. Mais il en est ici tout autrement. L'offre dont il s'agit constitue une clause d'un contrat intervenu entre le stipulant et le promettant, une charge imposée à ce dernier. Or, la convention qui renferme cette offre, oblige dans son entier et par conséquent relativement à la stipulation pour autrui, les deux parties qui l'ont consentie ; les effets des contrats passent aux héritiers des parties, et l'on comprend dès lors parfaitement que l'offre persistant après le décès du stipulant, l'acceptation du tiers puisse utilement s'y adjoindre pour la rendre irrévocable, si d'ailleurs elle n'a pas été retirée par l'effet d'un accord entre le stipulant et le promettant. C'est ce qui a été jugé par la Cour de Cassation dans son arrêt du 22 juin 1859 (1859, Dalloz, 1-385).

Des développements qui précèdent, il y a lieu aussi de conclure : que les héritiers de la personne à qui s'adressait l'offre, pourront l'accepter, tant qu'elle n'aura pas été retirée par le mutuel dissentiment du stipulant ou de ses héritiers, et du promettant ou de ses héritiers, si d'ailleurs il ne résulte pas de l'objet même de la stipulation ou de la convention qu'elle a été considérée par le stipulant et le promettant comme faite dans l'intérêt exclusif du tiers bénéficiaire.

Les renonciations purement abdicatives de droits, faites à titre gratuit, telles qu'une remise de dette par un créancier à son débiteur, bien que dispensées des formes extrinsèques des donations, doivent, elles aussi, satisfaire au principe de l'irrévocabilité. Mais, à l'inverse de ce qui se passe dans la stipulation pour autrui, l'acceptation de l'offre de libéralité ne peut plus intervenir efficacement après la mort du créancier, ni émaner non plus des héritiers du débiteur. C'est, qu'en effet, le principe de droit commun, d'après lequel l'offre ne peut survivre à son auteur et ne peut s'adresser qu'à la personne déterminée par celui-ci, reprend alors toute sa force, puisque cette offre est celle d'un contrat à *conclure*, et non plus, comme dans le cas de la stipulation pour autrui, une charge d'un contrat *déjà formé*.

CHAPITRE IV

Caractère de la Nullité des Donations entachées de révocabilité

Les articles 943 à 946 déclarent nulles les donations faites au mépris de l'irrévocabilité. Voilà la sanction du principe. Cette nullité est *absolue*. En effet, toutes les fois qu'une nullité est prononcée par la loi, sans qu'elle en précise la nature, cette nullité doit être réputée absolue, à moins que le législateur n'ait expressément restreint à certaines personnes le droit de l'invoquer, ou que cette restriction ne résulte virtuellement du motif sur lequel elle repose. C'est par cette raison que les nullités de forme ou celles qui ont leur base dans un motif d'*ordre public* sont en général absolues. Or, l'irrévocabilité est un principe essentiel dans les donations; c'est, suivant l'expression de Ricard, « *l'âme des donations* » et comme sa substance. La nullité d'une donation révocable peut être proposée, non seulement par le donateur, mais, encore par ses héritiers et créanciers. (V° Troplong, III, n° 1235, 1236 et 1237. — Amiens, 11 juin 1814. Sirey, 1815, 2, 69. — Cassat. C. 17 mai 1848. Sirey, 1848. I. 433). Cette nullité est *perpétuelle* et n'est pas susceptible de se couvrir par l'effet d'une prescription ou d'une

confirmation. Nous lui appliquerons le principe général déposé dans l'article 1339, pour le cas particulier des vices de forme d'une donation, principe d'après lequel un acte radicalement nul ne peut produire aucun effet dans l'avenir, par suite d'une ratification expresse ou tacite.

Toutefois, ce caractère absolu de la nullité n'existe que durant la vie du donateur, et nous pensons qu'il y a lieu d'admettre dans notre question le tempéramment de l'article 1340, qui permet aux héritiers du donateur de renoncer à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception. Les expressions de cet article nous semblent assez compréhensives pour embrasser la nullité qui résulte du défaut d'irrévocabilité. Et ce qui nous incline sans hésitation à cette interprétation de l'article 1340, c'est que l'irrévocabilité aussi bien que les formes sévères des donations ont été exigées par le législateur, dans la même pensée de protection des intérêts des héritiers. Instituée dans leur seul intérêt, cette nullité peut donc être abandonnée par les héritiers, soit qu'elle procède de vices de forme, soit qu'elle ait pour cause le défaut d'irrévocabilité, s'ils reconnaissent que la donation faite par leur auteur ne l'a pas été sous l'empire de la passion ou de la faiblesse. La loi a présumé d'une manière absolue, dans l'intérêt des héritiers, que le donateur qui confirmait une donation était le jouet des mêmes passions que celles sous l'empire desquelles il avait donné d'abord : c'est là une présomption légale, que le donateur n'était pas sain d'esprit, ni au moment de la donation, ni au moment de confirmation ; et cette présomption est absolue et irréfragable. C'est pour cela que la loi ne reconnaît aucune confirmation possible de la part du donateur, et partant aucune prescription à son encontre.

Ces motifs ne se retrouvent plus en ce qui concerne les héritiers, dans le cas où, par le maintien qu'ils con-

sentent des libéralités de leur auteur, ils en reconnaissent la légitimité. Cela revient à dire que la donation nulle fait naître à la charge des héritiers du donateur une sorte d'obligation naturelle, qu'ils sont les maîtres d'acquitter ou de laisser subsister. Nous disons une sorte d'obligation naturelle, parce qu'une véritable obligation naturelle ne peut, en général, faire l'objet d'une confirmation, de manière à se convertir en obligation civile.

Les héritiers peuvent donc donner la vie à une donation nulle, au moyen d'une confirmation expresse ou tacite ; mais ils ne le peuvent qu'après le décès du donateur, une telle confirmation, pendant sa vie, constituant de leur part un pacte sur succession future.

Mais cette nullité, susceptible d'être corrigée par la confirmation, peut-elle se couvrir par l'effet d'une prescription ? Un premier point rallie tous les systèmes, c'est que la prescription ne peut courir contre l'action en nullité, pendant la vie du donateur, puisque, d'une part le donateur ne peut confirmer, et que, d'autre part, ses héritiers eux-mêmes, ne pouvant renoncer à la nullité par la confirmation, pendant cette période de temps, ne peuvent se voir opposer non plus une prescription dont le point de départ serait placé dans cette même période.

Là où cesse l'accord, c'est quand il s'agit de savoir si la prescription peut couvrir la nullité provenant soit de vices de formes, soit du vice de révocabilité.

Dans une première opinion, on tient que la prescription est opposable aux héritiers du donateur, et l'on se fonde sur ce que la possibilité pour les héritiers de confirmer la donation, emporte comme conséquence la prescriptibilité de leur action. C'est notre avis. C'est, qu'en effet, comme le dit M. Colmet de Santerre : « La donation, entachée de nullité pour vices de formes, peut être confirmée par les héritiers du donateur ou

ayant droits de celui-ci; ce qui doit nous porter à croire que la nullité a changé de nature et que l'acte, qui était radicalement nul par rapport au donateur, est devenu simplement annulable par rapport aux héritiers. » Et cela est vrai aussi, croyons-nous, de la nullité pour défaut d'irrévocabilité.

Mais la dissidence naît dans ce système, quand il s'agit de déterminer le délai de la prescription. Une première opinion décide que le délai est de *dix* ans et se fonde sur l'article 1304. Elle part de cette idée, que dès l'instant que la confirmation est permise pour éteindre une action en nullité, la prescription peut par là-même commencer. Et cette prescription ne peut être que celle de l'article 1304. Mais s'il est vrai que la prescription extinctive de l'article 1304 est inadmissible, lorsqu'il s'agit d'un acte non susceptible de confirmation, on ne saurait, suivant nous, en conclure logiquement, que toutes les fois qu'une nullité peut être couverte par la confirmation, c'est la prescription de l'article 1304 qui doit s'appliquer. L'article 1304 n'impartit pas d'ailleurs, un délai *maximum* général pour cette prescription; il dit simplement que le délai sera de dix ans, si une loi particulière ne le réduit pas à un temps moindre. Il ne dit pas que le délai ne pourra pas, dans certain cas, excéder les dix ans qu'il fixe. Or, nous croyons précisément que nous sommes dans un de ces cas dans lesquels ce délai de dix ans peut être dépassé. En effet, c'est en leur nom, en qualité de tiers et dans leur propre intérêt, que les héritiers peuvent intenter l'action en nullité. Ce droit, ils le tiennent de la loi, non de leur auteur; cela est bien évident, puisque la nullité qui leur compète n'est pas celle dont jouissait celui-ci; c'est une action en nullité spéciale qui naît en leur personne et dans leur intérêt exclusif; et l'on sait, comme d'ailleurs l'a décidé la Cour de Cassation (8 janv. 1838, Sirey 1838, 1. 646) que

la prescription de l'article 1304 ne peut être opposée à ceux qui n'ont pas été parties dans l'acte dont ils réclament l'annulation. Nous rentrons donc dans le droit commun de la prescription extinctive des actions en général, et il faut conclure que le délai de prescription applicable à notre action est celui de l'article 2262, c'est-à-dire trente ans.

Un second système prétend que notre action en nullité n'est pas susceptible de s'éteindre par prescription.

L'on s'y fonde sur ce que : 1° La nullité de la donation ne laisse pas d'être absolue, après le décès du donateur, même à l'égard des héritiers. Nous croyons avoir démontré le contraire. Comment, d'ailleurs, cette nullité serait-elle absolue, puisque les héritiers peuvent renoncer à l'action qui la protège? On ajoute que les héritiers du donateur ne sont obligés que naturellement au respect de la donation. Or, dit-on, l'action en nullité qui leur compète parallèlement à cette obligation et leur permet, pour le respect même de cette obligation naturelle dont ils sont seulement tenus, de reprendre entre les mains du donataire la chose livrée par leur auteur en exécution de la donation nulle, cette action ne peut se prescrire, puisqu'elle est la gardienne de la non-obligation civile des héritiers. Elle ne peut pas plus se prescrire que l'exception que peuvent opposer les héritiers à la demande intentée contre eux par le donataire, en exécution de la donation. Nous accordons volontiers à ce système que l'exception ne peut se prescrire à cause de la Maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, aussi longtemps, du moins, et cela est suffisant, que durent les actions qu'elle a pour objet de repousser. Mais ce que nous ne pouvons admettre, c'est que, sous prétexte que les héritiers du donateur ne sont tenus que d'une obligation naturelle, leur action en nullité ne

puisse pas être prescrite. Si, en effet, en général, une obligation naturelle n'est pas susceptible de se transformer, par une simple confirmation expresse ou tacite, en une obligation civile, il faut bien avouer que, dans notre hypothèse, cette impossibilité n'existe pas, puisque l'article 1340 dit formellement que les héritiers du donateur peuvent confirmer la donation : la conséquence en est que l'action en nullité qui protège les héritiers est éteinte par cette confirmation, et si cette action peut s'éteindre par confirmation, elle doit aussi pouvoir s'évanouir par la prescription.

Il pourrait arriver que l'action en nullité, intentée par les héritiers pour se faire remettre les choses données et livrées par le donateur, fût paralysée par une exception de prescription trentenaire, acquisitive, si depuis l'entrée en possession du donataire, il s'était écoulé plus de trente ans. Cette exception pourrait être même opposée au donateur lui-même. Cette observation qui fait disparaître toute différence au point de vue pratique entre le système que nous critiquons et celui auquel nous nous rallions, nous est une raison de plus, pour croire que l'opinion de nos adversaires n'est pas admissible. Pourquoi cette imprescriptibilité de l'action, si après trente ans, passé le décès du donateur, dans les cas extrêmes, cette action n'est plus entre les mains des héritiers du donateur, qu'un secours complètement inutile ?

Nous admettons aussi, dans notre système, l'application de la Maxime : *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* ; et de cette façon, au point de vue de la pratique, les deux systèmes se confondent presque.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

1° POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. — Le pacte adjoint *in continenti* à un Contrat de stipulation, même quand il a pour but d'augmenter l'obligation, jouit, aux derniers siècles de Rome, de toute la vigueur légale du contrat qui le soutient.

II. — Un pacte ne peut substituer un nouveau contrat consensuel à un premier contrat de même nature qu'autant que les choses sont encore *entières*, c'est-à-dire autant que le *Contrarius Consensus* peut trouver à éteindre toutes les obligations nées du Contrat primitif.

2° POSITIONS PRISES EN DEHORS LA THÈSE

I. — Le bénéfice de *cession d'actions* n'appartient aux *rei promittendi* que quand il y a société entre eux.

II. — Dans l'action *negatoire*, c'était au *demandeur*, qu'il appartenait de prouver la *non-existence* de la servitude.

III. — Le maître condamné à raison du délit de son esclave n'est pas tenu d'une obligation alternative, mais de l'obligation d'exécuter la condamnation *cum facultate solutionis*.

IV. — C'est contre le *possesseur* de l'esclave, *lors du délit*, et non contre le *propriétaire* que l'action noxale doit être *intentée*.

DROIT FRANÇAIS

1° POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. — La maxime *Donner et Retenir ne vaut* forme le complément du système des entraves apportées par le droit coutumier à la faculté de disposer à titre gratuit.

II. — Dans l'ancien droit, une donation de somme d'argent payable au décès du donateur était contraire à la maxime *Donner et Retenir ne vaut*.

III. — Une semblable donation est valable sous l'empire du Code civil, même quand le terme d'exigibilité est reporté à la mort du donateur.

Le bénéficiaire d'une telle donation est un créancier chirographaire qui vient au marc le franc, avec tous autres créanciers également chirographaires du donateur, antérieurs ou postérieurs, à titre onéreux ou gratuit.

IV. — Les conditions mixtes ne vicient les donations que quand elles font dépendre le sort de la libéralité de la seule volonté du donateur.

2° POSITIONS PRISES EN DEPOURS DE LA THÈSE

I. — Les codébiteurs solidaires sont réputés mandataires les uns des autres pour tout ce qui tend à améliorer leur condition vis-à-vis du créancier. (Application au serment, à la transaction, au jugement).

II. — La déchéance prononcée contre le créancier par l'article 2037 (C. C.) ne doit pas être étendue au créancier d'une dette solidaire.

III. — L'article 1305 ne s'applique qu'aux actes passés par le mineur seul.

IV. — Le sous-acquéreur ne peut opposer *aux ayant-cause du vendeur originaire* le défaut de transcription ou *d'inscription*, à moins que l'acte passé au profit du premier acquéreur *n'ait été transcrit, avant* que les ayant-cause du vendeur originaire aient fait transcrire ou inscrire leur titre.

MATIÈRES DIVERSES

PROCÉDURE CIVILE

La *réintégrande* n'exige pour son admission ni *une possession complètement conforme à l'article 2229*, ni *la possession annale*. Il suffit que la possession ait été *paisible et publique*.

DROIT COMMERCIAL

I. — Le mari *seul* peut donner à sa femme l'autorisation de faire le commerce ; celle de Justice *ne peut* y suppléer.

II. — Le jugement déclaratif de faillite emporte déchéance du terme, *même à l'égard des dettes garanties par un gage*.

DROIT CRIMINEL

Quand un crime a été commis par un *mineur de 16 ans* et qu'à raison de son âge, sa faute n'est considérée que comme un *délit*, l'action publique se prescrit *par le laps de temps applicable aux délits*.

Vu par le Président de la thèse,

C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen de la Faculté,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DES PACTES ADJOINTS ET DES CONTRATS INNOMÉS

CHAPITRE I. — Des pactes considérés en eux-mêmes. — De leur valeur juridique.	1
CHAPITRE II. — Pactes adjoints à un <i>contrat</i>	17
Section I. — Pactes adjoints <i>in continenti</i> à un contrat.	17
§ I. — Pactes adjoints <i>in continenti</i> à un contrat de bonne foi.	17
§ II. — Pactes adjoints <i>in continenti</i> à un contrat de droit strict.	23
Section II. — Pactes adjoints <i>ex intervallo</i> à un contrat.	34
§ I. — Pactes adjoints <i>ex intervallo</i> à un contrat de bonne foi.	34
§ II. — Pactes adjoints <i>ex intervallo</i> à un contrat de droit strict.	44
CHAPITRE III. — Pactes adjoints à une <i>dation</i>	45
CHAPITRE IV. — Pactes adjoints à un <i>fait</i>	54
CHAPITRE V. — Théorie générale des <i>contrats innomés</i>	57
Section I. — De la nature des <i>contrats innomés</i> ; de la portée des mots <i>Dare</i> et <i>Facere</i> dans cette matière.	57

Section II. — Besoins auxquels répondait la création des <i>contrats innomés</i>	64
Section. III — Origine des <i>contrats innomés</i> . Développe- ment successif de leur théorie.	65
Section IV. — Sanction des <i>contrats innomés</i>	70

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÈGLE DONNER ET RETENIR NE VAUT

INTRODUCTION	3
PREMIÈRE PARTIE. — Droit ancien.	7
CHAPITRE I. — Des deux règles que contient la maxime Donner et retenir ne vaut. — Ses applications dans l'ancien droit. — Son origine.	
Section I. — De la règle Donner et Retenir ne vaut dans les derniers siècles de l'ancien droit et spécialement depuis le 16 ^e siècle.	7
Section II. — De la Tradition.	15
§ I. — Du fondement de cette règle.	15
§ II. — Modes de Tradition.	29
§ III. — Tradition <i>feinte</i> des meubles.	37
§ IV. — Origine de la Tradition <i>feinte</i>	42
Section III. — De l'Irrévocabilité.	48
§ I. — Notion de l'Irrévocabilité. — Son développe- ment. — Conditions	48
§ II. — Charge des dettes.	59
§ III. — De la réserve par le donateur de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une <i>som- me fixe</i> à prendre sur les biens donnés. — De la charge d'exécuter le testament du donateur.	62
§ IV. — Biens à venir.	68
Section IV. — Antériorité de la règle de la Tradition sur celle de l'Irrévocabilité (au sens nouveau).	82